Die Verpfändung mittels Lagerscheines nach deutschem Reichsrecht, ihre Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE.

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZU BRESLAU

VORGELEGT VON

ROBERT MAYER
REFERENDAR.

GÖRLITZ
GÖRLITZER NACHRICHTEN UND ANZEIGER
1912.

Gedruckt
mit Genehmigung der jur. Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herb. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Literatur-Verzeichnis.

Adler: Das österreichische Lagerhausrecht. Berlin 1892.

Adler: Warrant: In Conrads Handwörterbuch für Staatswissenschaften, Bd. 7. Jena 1901.

Alexander: Der Erwerb des Besitzes und des Eigentums am Lagergut durch Vermittlung des am Order lautenden Lagerscheins. Dissertation. Leipzig 1907.

Beckmann: Das deutsche Lagerrecht. Dissertation. Erlangen 1898.

Behrend: Lagerscheine als Inhaberurkunden. Deutsche Juristen-Zeitung, 10. Jahrgang, 1905.

Beling: Der Inhaberlagerschein im Verkehr und im Konkursfall nach neuem Recht. Zeitschrift für Handelsrecht (Z.), Bd. 58, S. 194.

Biermann: Kommentar zum Sachenrecht des BGB., 2. Auflage. Berlin 1903.

Biermann: traditio ficta. Stuttgart 1891.

Boyns: Das deutsche Seerecht. Auf Grund des Kommentars von Dr. Williams Lewis. Leipzig 1897.

Breit: Das Vinkulationsgeschäft. 1908.

Brügmann: Das Lagergeschäft. 1907.

Brunner: Die Wertpapiere. In Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 2. Leipzig 1888.

Brunner: Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Wertpapiere, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 22.

Bunde: Das Lagergeschäft. 1904.

Burchard: Das Lagergeschäft auf der Grundlage des Handelsgesetzbuches für das deutsche Reich vom 10. Mai 1897. In Egers eisenbahnrechtlichen Entscheidungen, Bd. 16 und 17.

Callmann: Zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen. Dissertation. Giessen 1904.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 1903.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1900.

Cohn: Das Lagerhausgeschäft. In Endemanns Handbuch § 432.

Cohn: Lombardgeschäft und Pfandleihgewerbe. In Endemanns Handbuch S. 987 ff.

Cohn: Gutachten bei den Verhandlungen des 21. Juristentages, Bd. 2. 1891.

Cremer: Das Lagergeschäft unter Berücksichtigung des neuen HGB. Dissertation. Marburg 1897.

Dernburg: Bürgerliches Recht des deutschen Reichs und Preussens, Bd. 3. 1904.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert.

Ebermann: Lagerscheine und Warrants. 1876.

Ehret: Das Lombardgeschäft insbesondere das Warenbeleihungsgeschäft. 1906.

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Endemann, W.: Das deutsche Handelsrecht. Leipzig 1887.

Endemann, W.: Die Sachen oder Waren. In seinem Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 2. 1882.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf zum HGB. nebst Denkschrift.

Exner: Rechtserwerb durch Tradition. 1867.

Felsmann: Die Verpfändung von Inhaberpapieren und indossablen Papieren. Dissertation. 1906.

Fischer, O. Ch.: Entwickelung des Warrantverkehrs. 1908.

Fischer-Henle: Handausgabe des BGB.

Flechtheim: Das Vinkulationsgeschäft. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 60, S. 124 ff.

Gareis: Handelsrecht.

Gareis: Warrantindossament. Im Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht, Bd. 8. 1872.

Gierke: Grundzüge des Handelsrechts. In Holtzendorffs Enzyklopädie, Bd. 1, § 70.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. 2 und 3.

Gerber, von: System des deutschen Privatrechts. Jena 1895.

Goldschmidt, L.: Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868/69.

Goldschmidt, L.: Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer unter Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 9.

Goldschmidt, O.: Warrantrecht und Landwirtschaft in Frankreich.

Goldberg: Deutsches Lagerhausgeschäft und Lagerhausrecht. 1901.

Grünhut: Wechselrecht. Leipzig 1897.

Haarmann: Das Lagerrecht nach dem deutschen HGB. Dissertation. Göttingen 1898.

Hachenburg: Gutachten zum 21. Juristentage.

Hecht: Die Warrants. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 29. Beilageheft.

Heilbrunn: Inhaberlagerschein. In Holdheims Zeitschrift S. 175. 1905.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte.

Heymann: Dingliche Wirkung der Traditionspapiere. In der Festschrift für F. Dahn. Breslau 1905.

Heymann: 46. Jahresbericht der Berliner juristischen Gesellschaft 1904/05.

Heymann: Gutachten zum 29. Juristentage 1908, Bd. 4.

Hillenkamp: Das Lagerrecht nach dem Entwurf des neuen HGB. Dissertation. Marburg 1897.

Jacobi: Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des deutschen Reichs.

Jacobi: Wertpapier als Legitimationsmittel. München 1906.

Jhering: Übertragung der rei vindicatio auf den Nichteigentümer, in seinen Jahrbüchern, Bd. 1.

Kempner: Die Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheines gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung. Dissertation. Breslau 1910.

Kohler: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18, S. 121 ff., bei Holtzendorfs Enzyklopädie, Bd. 1, S. 611 ff.

Kurth: Beiträge zum Warenlombard. Dissertation. Heidelberg 1906.

Kostanecki: Der Lagerschein als Traditionspapier. Berlin 1901.

Laband: Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. IX, S. 245 ff.

Lange: Das Lagerrecht. 1902.

Lehmann, Karl: Handelsrecht. 1908.

Lehmann-Ring: Kommentar zum HGB.

Levy: Der Warrant, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 2.

Levy, Fritz: Das Lagergeschäft. 1906.

Lieser: Lagergeschäft u. Lagerscheine. Dissertation. Erlangen 1899.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1898.

Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess von O. Fischer, Bd. 18, Heft 2. München 1909.

Mollwo: Lübecker Warrantordnung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 58.

Mollwo: Gutachten zum 29. Juristentage, Bd. 3. 1908.

Pappenheim; Seerecht II. 1906.

Planck: Kommentar zum BGB., Bd. 3.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Würzburg 1858.

Puchelt: Kommentar des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.

Randa: Der Besitz nach österreichischem Recht, 4. Aufl. 1895.

Randa: Das Eigentumsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts und der neuen Gesetzbücher.

Rehbein: Allgemeine deutsche Wechselordnung mit Kommentar.

Rupprecht, von: Das Recht der Lagergeschäfte nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Tübingen 1899.

Schaps: Das deutsche Seerecht. Berlin 1906.

Schetelich: Das Lagergeschäft. Dissertation. Leipzig 1906.

Schmalenbach: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren im Lombardverkehr der Banken. Dissertation. Heidelberg 1907.

Schmidt: Die Auslegung des § 366 HGB. auf Grundlage des BGB. Jena 1903.

Simonson: Beiträge zur Lehre vom Warrant unter Berücksichtigung der deutschen und österreichischen Verhältnisse. In Schmollers Jahrbuch, Bd. 9.

Simonson: Zur reichsgesetzlichen Regelung des Lagerhaus- und Lagerscheinsrechts. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 45.

Simonson: Das österreichische Warrantrecht unter Berücksichtigung eines für Deutschland zu schaffenden Warrantgesetzes. Berlin 1889.

Simonson: Zeitschrift, Bd. 53, Nr. 18.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 6. und 7. Aufl. Berlin 1900 und 8. Auflage 1901.

Staub: Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. 4. Auflage. Berlin 1901.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, erläutert von Kober.

Stein: Begriff und Arten des Lagergeschäfts.

Steinmetz: Das Lagergeschäft. Greifswald 1898.

Strack: Der Lagerschein. Dissertation. Leipzig 1906.

Strohal: Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jherings Jahrbücher, Bd. 29.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. Jherings Jahrbücher, Bd. 38.

Strohal: Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht. Graz 1885.

Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.

Thöl: Handelsrecht. 1869.

Weiler: Der Lagerschein nach geltendem Recht. Dissertation. Leipzig 1903.

Weissbarth: Die Indossabilität der Lagerscheine. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 57.

Wellspacher: Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien 1906.

Wentzel: Das vertragsmässige Pfandrecht an Wertpapieren. Dissertation. 1902.

Wimpfheimer: Der Lagerschein nach deutschem Recht. Karlsruhe 1903.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage. Frankfurt 1906.

Wolff, Martin: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 58, S. 620 ff.

Zipper: Das Lombardgeschäft. Breslau 1909.

Inhalts-Verzeichnung.

Einleitung: Seite

I. Kapitel: Wesen des Lombards und der Verpfändung mittels Lagerscheins im Verhältnis zu einander 1

II. Kapitel: Die dingliche Wirkung des Lagerscheines 3

Ausführung:

III. Kapitel: Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheins gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung 19

I. Beim gewöhnlichen Verpfändungsakt . . . 19

II. Beim Pfandrechtserwerb von einem Nichtberechtigten 29

III. Bei einer mehrfachen Verpfändung . . . 44

IV. Kapitel: Besonderheiten hinsichtlich der Verwertung und Endigung des Pfandrechts . . . 47

I. Beim Pfandverkauf 47

II. Bei der Endigung des Pfandrechts 49

Schluss:

V. Kapitel: Diese Besonderheiten gelten in gleicher Weise für Sonder- und Sammellagerscheine, sowie für den eventuell möglichen Lagerpfandschein 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0171

I. Kapitel.

Der hochentwickelte Handelsverkehr der Neuzeit stellt zu hohe Anforderungen an die Kapitalskraft des Kaufmanns, als dass es ihm möglich wäre, nur mit eigenem Gelde sein Geschäft zu betreiben, alle seine Bedürfnisse an Waren durch Barkauf zu decken. Geld- und Warenkredit sind wichtige Faktoren unseres Wirtschaftslebens. Unter mannigfaltigen Formen tritt uns daher die Kreditgewährung entgegen, und zahlreich sind auch die Mittel, die den Kreditgeber in seinem Anspruch sichern sollen. Lombardgeschäft und Verpfändung mittels Lagerscheines dienen beide der Befriedigung eines Kreditbedürfnisses unter Sicherung des Gebers. Beide sind Spielarten des Faustpfandvertrages – der Hingabe beweglicher Sachen zur Sicherung einer Forderung – und stimmen im einzelnen mit ihm mehr oder weniger überein. Das Lombardgeschäft, dessen gewerbsmässiger Betrieb zum Kaufmann macht[1]), ist das älteste Aktivgeschäft der Banken, das, wie schon sein Name andeutet, die lombardischen Kaufleute schon im frühen Mittelalter pflegten, und das sich bald über ganz Europa verbreitete. Es stellt sich dar als eine Kombination von Darlehn und Faustpfandvertrag, insofern einem Bankier zur Sicherung seiner Darlehnsforderung Edelmetalle, Wechsel und sonstige Wertpapiere (Effekten-, Lombard- oder Depotgeschäft) oder usancenmässig dazu geeignete Waren des Grosshandels zu Faustpfand gegeben werden. In der Beschränkung auf diese 3 Gruppen von Pfandobjekten sowie darin, dass der Pfandgläubiger ein Bankier, seine Forderung eine Darlehnsforderung und der Darlehnsschuldner Pfandschuldner ist, liegen seine charakteristischen Besonderheiten gegenüber dem gewöhnlichen Pfandvertrage. Nicht wesentlich[2]) dagegen sind sonstige, regelmässig aber nur infolge usancenmässiger Verabredung wiederkehrende Abweichungen wie die Verzinslichkeit des Darlehns[3]), die Kurzfristigkeit des gewährten

[1]) HGB. § 2 Nr. 4.
[2]) Bankgesetz § 13.
[3]) a. A. Gareis, Endemann.

Kredits, das Zurückbleiben desselben hinter dem Wert des Pfandobjekts und endlich die für den Fall einer Wertminderung der Pfandsache getroffenen Bestimmungen, wonach bei jeder ihn gefährdenden Wertminderung der Bankier vom Schuldner entsprechenden Nachschuss oder Teilrückzahlung verlangen kann, wonach bei Nichterfüllung dieses Verlangens die Forderung alsbald fällig wird, und der Gläubiger zum Sicherungsverkauf schreiten kann ohne Beachtung der Vorbedingungen im BGB. (§§ 1219, 1220). Alle diese Abweichungen beruhen lediglich auf Verabredung, die ja auch beim gewöhnlichen Pfandrecht zulässig ist. Eine besonders eigenartige Kombination von Darlehn und Pfand ist also das Geschäft nicht und unterliegt daher auch den allgemeinen pfandrechtlichen Normen[1]) § 1204 ff. Unter den verschiedenen Arten des Lombards bietet die Verpfändung von Kaufmannsware, die in grossen Mengen lagert, praktische Schwierigkeiten. Diese zu umgehen, und überhaupt lagernde Warenmengen zu mobilisieren und so ihren Umsatz ohne Ortsveränderung zu ermöglichen, dienen gewisse vom Handel geschaffene und auch gesetzlich in dieser Wirkung anerkannte Papiere, die Traditions- oder Dispositionspapiere, zu denen auch der Lagerschein gehört. Dieser ist das wichtigste der sogenannten Lagerpapiere, die von einem Lagerhalter, d. h. einem Kaufmann, der gewerbsmässig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt[2]), in seinem Gewerbebetriebe, dem Lagergeschäft, ausgestellten Urkunden. Und zwar ist er ein skripturrechtliches Wertpapier, in dem der Lagerhalter über den Empfang von Waren quittiert und sich verpflichtet, sie gegen Rückgabe des Scheins an den empfangsberechtigten Präsentanten herauszugeben[3]). Diese Urkunde also kann der Vereinfachung des Warenlombards dienen, insofern unter gewissen Vorbedingungen, nämlich wenn ihr dingliche Wirkung zukommt, die beim Scheinaussteller lagernde Ware mittels Lagerscheines verpfändet wird, d. h. die Verpfändung des Scheins die Verpfändung der Ware nach sich zieht. So ist denn die Verpfändung mittels Lagerscheins wieder nur eine besondere Form des Warenlombards, den man ihr als den gewöhnlichen Lombard gegenüberstellen kann. Trotz aller eventueller Be-

[1]) Gesetzliche Bestimmungen über das Lombardgeschäft insonderheit den Effektenlombard enthält § 1 und 2 des Depotgesetzes und das Reichsbankgesetz § 13.

[2]) § 2 Nr. 6 HGB.

[3]) Wimpfheimer, S. 13 ff. und die dort Genannten.

sonderheiten wird sie daher mit ihm in zahlreichen Beziehungen übereinstimmen. Da beide ein Pfandrecht an demselben Objekt, an Kaufmannsware, begründen, so müssen sie vor allem nach Umfang und Inhalt des bestellten Rechts übereinstimmen. Hier wie dort haftet das Pfandobjekt für den kleinsten Rest der Forderung[1]), übereinstimmend sind die aus dem Pfandverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien[2]). So hat in beiden Fällen der Gläubiger das nämliche ius possidendi, den nämlichen Rechts- und Besitzschutz, falls er im Besitze des Pfandobjektes ist. Das gleiche Aussonderungsrecht im Konkurse des Pfandschuldners[3]) und vor allem das Verkaufsrecht, der wesentlichste Bestandteil des ganzen Pfandrechts, stehen ihm in gleichem Umfange[4]) zu. Besonderheiten werden sich daher immer nur dort ergeben, wo das Verpfändungsmittel, der Lagerschein, irgend wie in Wirksamkeit tritt.

II. Kapitel.

Nicht jede Urkunde, nicht jedes Warenpapier wie der Lagerschein kann aber als Mittel der Begründung dinglicher Rechte dienen, denn der Lagerschein ist, wie oben gesagt, zunächst nur Träger des obligatorischen Anspruchs gegen den Lagerhalter auf Herausgabe des eingelagerten Gutes. In dieser Eigenschaft wirkt er zwar bei einer Verpfändung desselben mit, insofern dazu — wie später noch auszuführen sein wird — eine Abtretung dieses Herausgabeanspruchs erforderlich ist, und diese nur durch Übergabe des Scheines erfolgen kann, aber man kann hier trotzdem nicht von einer Verpfändung „mittels“ Lagerscheines im strengen Sinne des Wortes sprechen. Man kann dies vielmehr nur dann, wenn eine Verpfändung des Scheines, der als Wertpapier Pfandobjekt sein kann, auch das Pfandrecht am Gute nach sich zieht, falls nur die Parteien auch dieses verpfänden wollen; denn erst dann ist der Lagerschein wirklich das „Mittel“ zur Verpfändung des

[1]) §§ 1210, 1212 BGB.
[2]) BGB. §§ 1213, 1219.
[3]) § 48 KO.
[4]) § 1228 BGB.

Gutes. Dies ist aber nur bei einem Scheine der Fall, dem kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung neben seiner obligatorischen noch eine besondere Kraft innewohnt, die wir als die „dingliche Wirkung" zu bezeichnen pflegen.

Der Verkehr unterscheidet nach Art ihrer Begebung Rekta-, Inhaber- und Orderlagerscheine. Es fragt sich daher, ob allen diesen Scheinen dingliche Wirkung zukommt. Das HGB., das den Lagerschein in § 363 II und § 424 erwähnt, nennt dort immer nur den Orderlagerschein staatlich zu seiner Ausstellung ermächtigter Anstalten. Sollte daraus zu entnehmen sein, dass eben nur dieser Schein zulässig, alle anderen aber unzulässig sind? Dies haben für das neue Recht[1]) Staub und Makower behauptet. Staub begründet seine Ansicht damit, dass, wenn schon zur Ausstellung von Orderlagerscheinen staatliche Ermächtigung erforderlich sei, Inhaberlagerscheine unmöglich zugelassen werden könnten. Dieser Schluss ist aber unlogisch, denn aus der für Orderlagerscheine verlangten staatlichen Ermächtigung wäre, wie es Makower tut, nur zu schliessen, dass auch die Ausstellung von Inhaberlagerscheinen von einer solchen Ermächtigung abhängig sein müsse. Doch ist auch dies nicht anzunehmen, denn schon lange vor dem HGB. hatten alle 3 Arten von Scheinen gewohnheitsrechtlich aber vom obersten Gerichtshof, cfr. ROHG. Bd. 25 S. 352 ff., anerkannt im Gebrauch gestanden[2]), und man kann wohl präsumieren, dass der Gesetzgeber lange bestehende ihm bekannte Handelsgebräuche nicht unterdrücken wollte, und falls doch, er dies durch ein ausdrückliches Verbot getan hätte, ein solches aber ergibt weder das Gesetz, das gerade in dieser Materie nur ein Niederschlag der Praxis sein sollte, noch auch die ihm vorausgehenden Verhandlungen[3]). Man wird daher die Zulässigkeit aller 3 Arten von Lagerscheinen trotz des Schweigens des HGB. annehmen müssen, wie es denn auch Wissenschaft und Praxis fast allgemein tun[4]). Keineswegs aber wird ihnen allen dingliche Wirkung, die

[1]) Staub 6. und 7. Aufl., § 424 Anm. 5, Makower, § 424 Ia 2.

[2]) Für das alte Recht: Hecht, S. 168, 176, Brunner, in Endemanns Handbuch II, S. 178, 201, 206, Cohn, ebenda III § 432, Puchelt zu § 302 Nr. 4, ROHG. 25 S. 351, RG. 13, 154, 28, 42.

[3]) Dass ähnlich unter dem alten HGB., das nur das Orderkonnossement regelte, doch auch die beiden anderen Arten Anerkennung und Verwendung fanden, mag als Analogon erwähnt sein.

[4]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 524, Lehmann-Ring § 424 Nr. 2, Burchard a. a. O. S. 362, Staub in 8. Aufl. zu § 424, Wimpfheimer S. 25; RG. 59 Nr. 102.

Fähigkeit, die in ihnen verbriefte Ware zu repräsentieren, beigelegt. Allgemein abgesprochen wird sie vielmehr (ausser im Falle der Scheinübergabe an den Adressaten) dem Rektalagerscheine[1]), während sie für den Inhaberlagerschein von einer Reihe von Schriftstellern[2]) behauptet wird. Teils folgern diese dabei aus den für seine Zulässigkeit sprechenden Gründen auch seine dingliche Wirkung, „lässt man den Inhaberlagerschein zu", sagt z. B. Wimpfheimer a. a. O. S. 26, „so ist es nur konsequent, ihm auch dingliche Wirkung zu geben, denn berührt ihn die Kodifikation nicht in seiner Existenz, so auch nicht in seinem Charakter", teils berufen sie sich auf ein vor dem HGB. bestehendes, vom Reichsoberhandelsgericht[3]) anerkanntes Gewohnheitsrecht. Mit Unrecht, denn während gegen seine Zulässigkeit kein ausdrücklickes Verbot aus dem Gesetze zu entnehmen war, so besteht doch ein solches bezüglich seiner dinglichen Wirkung. Während nämlich bei der Statuierung der dinglichen Wirkung der sonstigen Traditionspapiere, des Ladescheins und des Konossements[4]), eine besondere Art von Papier nicht erwähnt ist, sondern ganz allgemein jeder Schein, mag er an Order lauten oder nicht, dingliche Wirkung haben soll, beschränkt das Gesetz nach dem klaren Wortlaut des § 424 diese Wirkung beim Lagerschein auf den indossabeln Schein. Gegen eine extensive Interpretation des Gesetzes spricht ausser dem klaren Wortlaut des Paragraphen bezüglich des Inhaberlagerscheins der Umstand, dass das HGB. nirgends Bestimmungen über Inhaberpapiere trifft, ja sie abgesehen von der Inhaberaktie überhaupt nicht erwähnt. Allein im BGB., in § 793–808, findet sich eine und zwar erschöpfende Regelung der Inhaberpapiere, soweit sie wie der Lagerschein Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind. Es muss aber als unzulässig erscheinen, eine speziell vom HGB. geschaffene, von den gewöhnlichen Regeln völlig abweichende Rechtswirkung, wie es die dingliche Wirkung gewisser Papiere ist, ohne jeden Anhalt im Gesetze über dessen Rahmen hinaus auf eine Art Papiere auszudehnen, die es nicht regelt, ja nicht einmal erwähnt. Herrschende Meinung[5])

[1]) a. A. Burchard, a. a. O. Bd. 10 S. 362, 366.

[2]) Burghard a. a. O., Wimpfheimer 26, Stark 10 ff., Beckmann S. 39, 40, Brügmann S. 81.

[3]) ROHG. Bd. 25 S. 355.

[4]) §§ 450 und 647 HGB.

[5]) Staub 8. Aufl. 424 Nr. 4, Heymann S. 161, Karl Lehmann II § 424, 2, Lehmann-Ring § 424 Nr. 13, Düringer-Hachenburg § 424

ist es daher denn auch, dass Inhaber- und Rektalagerscheinen eine dingliche Wirkung im Sinne des § 424 nicht zukommt. Eine Verpfändung mittels dieser Scheine ist also ausgeschlossen. Doch auch nicht allen im Verkehr vorkommenden Scheinen, welche die Orderklausel tragen, gibt das Gesetz dingliche Wirkung. Bezeichnet es doch in § 363, II HGB. nur den von einer staatlich dazu ermächtigten Anstalt ausgestellten Lagerschein als indossabel, und, wie schon gesagt, in § 424 nur indossable Scheine als dinglich wirkend. Die zahlreichen im Verkehr befindlichen, von nicht dazu ermächtigten Lagerhäusern ausgestellten Orderlagerscheine sind nach herrschender Meinung zwar nicht absolut (§ 139 BGB) nichtig, sondern nur als Orderlagerscheine unmöglich. Die Orderklausel gilt als nicht geschrieben, sodass der Schein als Rektalagerschein bestehen bleibt, und etwaige auf ihn gesetzte Indossamente als Zessionserklärungen aufzufassen sind[1]).

Neuerdings hat Weissbarth[2]) im Anschluss an Goldschmidt[3]) behauptet, dass die Mehrzahl der Lagerscheine schon auf Grund des § 363 I HGB. indossabel sei. Da nämlich der Lagerhalter nach § 2 Ziffer 6 HGB. Kaufmann sei, sei der von ihm ausgestellte Lagerschein ein kaufmännischer Verpflichtungsschein. Die in ihm versprochene Leistung sei von einer Gegenleistung unabhängig und stelle sich als Leistung vertretbarer Sachen dar, da das Gesetz unter Leistung vertretbarer Sachen auch die Leistung individuell bestimmter also in Spezies zu leistender Fungibilien (die eingelagerten 100 Sack Weizen oder der zehnte Teil der eingelagerten 1000 Sack Weizen beim Sammellager) verstehe. Sei aber dieser Lagerschein indossabel, so habe er auch die dingliche Wirkung des § 424 HGB. § 363 II solle die dingliche Wirkung nur den seltenen Lagerscheinen eines Nichtkaufmanns, der das Gewerbe lediglich als land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe betreibe, geben. Diese Ansicht ist bisher nicht widerlegt wohl aber angezweifelt worden[4]). Sie ist aber aus zwei Gründen unrichtig. Einmal versteht das Gesetz hier, wenn auch die Eigenschaft als Fungibilie einer Sache

S. 524, Fischer S. 299, Heilbrunn S. 175, Behling S. 128, Behrend S. 541, Jacobi, Wertpapiere S. 110.

[1]) Simonsohn-Schmoller S. 175, 177, Goldberg S. 36, Düringer-Hachenburg S. 524, Wimpfheimer S. 39, 40, Lieser S. 52, Bunde S. 52.

[2]) Zeitschrift Bd. 57 S. 146 ff., ebenso Beckmann S. 35.

[3]) Goldschmidt, Handbuch I. 2 S. 784 Anm. 6.

[4]) Mollwo Z. Bd. 58 S. 412 hält sie für „zweifelhaft", Lehmann a. a. O. S. 531 Anm. 3 für „bedenklich".

immer anhaftet, doch unter Leistung vertretbarer Sachen zweifellos die Erfüllung einer Gattungsschuld; denn sonst wäre die Erwähnung des Ladescheins, der immer von einem Kaufmann ausgestellt ist und über dieselben Waren wie der Lagerschein lautet, in § 363 II. völlig überflüssig[1]). Dann geht aber auch die Tendenz des Gesetzes dahin – was besonders die Fassung des entsprechenden Artikels 302 altes HGB. „von nur zur Aufbewahrung.. ermächtigter Anstalt" ergibt – nur vertrauenswürdigen Unternehmen die Ausstellung von dinglich wirkenden Lagerscheinen zu gestatten, um einen Missbrauch, der ja leicht denkbar wäre, zu verhüten. So haben mithin nur die von einer dazu ermächtigten Anstalt ausgestellten Orderlagerscheine dingliche Wirkung[2]), nur mittels ihrer ist also eine Verpfändung möglich.

Wir könnten nunmehr die Besonderheiten dieser Verpfändung mittels Lagerscheines gegenüber dem gewöhnlichen Warenlombard untersuchen, wenn die juristische Natur der an sich anerkannten dinglichen Wirkung unbestritten, die Erklärung, welche die Wissenschaft dem § 424 gibt, übereinstimmend wäre. Gerade diese Frage gehört aber zu den bestrittensten aus dem Gebiet des Handelsrechts, und es wird nötig sein, kurz auf sie einzugehen, weil sich je nach der Stellung, die man zu der erwähnten Streitfrage einnimmt, Konsequenzen ergeben, die auch für die Frage nach den Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheins von grosser Bedeutung sind.

Die dingliche Wirkung gewisser Handelspapiere, insbesondere des Konossements, deren Vorläufer sich schon im frühen Mittelalter in der traditio per cartam[3]) findet, war zu Anfang des letzten Jahrhunderts bei uns von Theorie und Praxis als ein Satz des Handelsgewohnheitsrechts anerkannt und als ein Fall der traditio symbolica[4])

---

[1]) Puchelt II § 301 Nr. 4, Lehmann-Ring zu § 363, 3, Makower § 363, 2 c 3.

[2]) Staub zu § 424, Cosack § 102 S. 481, Jacobi, Wertpapiere S. 238 und 310, Heymann, S. 161, Kempner S. 20 f., der annimmt, der Gesetzgeber habe die von Weissbarth angeführte Möglichkeit übersehen!

[3]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 303, Brunner, Zeitschrift Bd. 22 S. 525, Heymann S. 189 ff.

[4]) Darunter verstand man die Besitzübertragung einer Sache durch Besitzerwerb an einem sie symbolisierenden Gegenstande. Die traditio symbolica ist also eine Art der traditio ficta, der auf zu enger Auffassung der traditio der römischen Quellen seit der Zeit der Glossatoren beruhenden Einräumung eines strenggenommen fictiven Besitzes durch blosse Erklärung.

erklärt worden[1]). Nach der Rückkehr zur reinen römischen Besitzlehre seit Savigny verwarf man mit der traditio symbolica auch die dingliche Wirkung gewisser Papiere und suchte die für sie geltenden Sätze auf Grund lediglich obligatorischer Wirkung des Papieres zu erklären[2]). Als dann bei der Redaktion des HGB. mit vieler Mühe die Fixierung wenigstens der dinglichen Wirkung des Konnossements erreicht worden war, waren es zuerst Goldschmidt und Exner, welche die dingliche Wirkung als einen Satz des Handelsgewohnheitsrechts betonten und (in ganz verschiedener Weise) zu erklären versuchten. Goldschmidt[3]), dessen Ansicht sich die Praxis[4]) anschloss, führte die dingliche Wirkung erst des Konnossements, dann auch der anderen beiden Traditionspapiere auf den Willen des Ausstellers, für den jeweilig berechtigten Inhaber des Papieres zu detinieren, zurück. Kraft dieses Detentionswillens des Papierausstellers gehe mit der Übergabe des Papieres auch die Detention an der Ware über, sodass Bewegung des Papieres Bewegung der Warendetention und nur dieser sei. Je nach dem Willen der Parteien, dem Begebungsvertrage, erhalte der Papierempfänger neben der vom Aussteller für ihn ausgeübten Detention juristischen Besitz, Eigentum oder Pfandrecht. Demgegenüber erklärte Exner[5]) die Konnossementsbegebung, die niemals Tradition sei, unabhängig von Besitz und Besitzübergang als eine besondere vom modernen Handelsrecht erzeugte Form des dinglichen Vertrages, als von der Tradition wesentlich verschieden und ihr gleichgeordnet. Das Papier selbst bezeichnete er „als Träger nicht blos des obligatorischen Rechtes oder eines Komplexes solcher Rechte, sondern auch einer dinglichen Berechtigung". Das zu bestellende dingliche Recht selbst sei im Konnossement „inkorporiert und frei transferiebel gemacht", sodass es auf Grund beiderseitigen Konsenses durch die Übergabe des Papieres erworben werde. Seitdem fand die dingliche Wirkung nun wieder allgemein Anerkennung[6]) und wurde

---

[1]) Heymann S. 187 ff., Exner S. 153, Biermann, traditio ficta S. 47, 80, 96, 273.

[2]) Thöl § 80, Gerber S. 369, Kuntze, Inhaberpapiere S. 495 ff.

[3]) Goldschmidt, Handbuch § 73.

[4]) Über die einzelnen damaligen Theorien, Wilde S. 31–38, Goldschmidt, Handbuch S. 706.

[5]) a. a. O. S. 208 ff.

[6]) So Adler, Hecht und Levy. Simonson in Schmollers Jahrbüchern, Strohal, Sukzession, und vor allem Brunner, der auf die Anknüpfungspunkte im mittelalterlichen Recht hinwies.

endlich im neuen HGB. für sämtliche drei Traditionspapiere festgelegt. Damit war zwar der Streit über die Möglichkeit einer dinglichen Wirkung gewisser Papiere beendet, nicht aber der über die juristische Konstruktion dieser Wirkung. Dieser führte vielmehr zur Aufstellung zahlreicher Theorien, die man mit Heymann[1]) zu den beiden grossen Gruppen der relativen, mehr Goldschmidt folgenden, und der sich an Exner anschliessenden absoluten Theorien zusammenfassen kann. Einige vermittelnde Theorien, so die von Wimpfheimer, S. 33 ff., v. Kostanecki, S. 30 ff., sind bedeutungslos. Die relativen Theorien, die wieder in 2 Gruppen: die Repräsentations- und die streng relative Theorie zerfallen, suchen den Rechtserwerb mittels Papieres auf die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Erwerb von Sachenrechten zurückzuführen. Da nach diesen allgemeinen Vorschriften der Besitzerwerb in der Regel die Voraussetzung des Sachenrechtserwerbes ist, so gründen sie den Rechtserwerb mittels Papieres auf den durch die Papierbegebung erfolgten Besitzerwerb am Gute. Mit der Einlagerung der Güter wird der Lagerhalter, der dem Einlagerer gegenüber auf Grund eines mindestens dem Verwahrungsvertrage ähnlichen Rechtsverhältnisses zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist, Besitzmittler desselben (§ 868 BGB.), der Einlagerer also mittelbarer Besitzer. Die Ausstellung eines Lagerscheines ändert daran nichts, sondern erhöht nur die Erkennbarkeit der Situation[2]). Durch formgerechte Papierbegebung wird eine Übertragung des mittelbaren Besitzes ermöglicht: Bei einem Rektalagerschein nach § 870 BGB. durch Zession des obligatorischen Herausgabeanspruchs aus dem Lagervertrag, bei Übergabe mit Indossament durch die Neuschaffung dieses Anspruchs in der Person des Indossatars, was also gegenüber § 870 ein Plus darstellt. Der Besitzübergang auf den Indossatar beruht hier, da ja § 870 nicht Anwendung finden kann, darauf, dass durch das Indossament die Wesensmerkmale des mittelbaren Besitzes für den Indossatar zur Entstehung kommen, da er einmal einen Herausgabeanspruch aus einem Rechtsverhältnis aus § 668 BGB. erhält, und ferner der Lagerhalter, wozu er sich im Scheine verpflichtet hat, das Gut als zum Wirtschafts-

[1]) Heymann S. 142 ff.

[2]) So Dernburg III S. 61, Planck III § 870 Nr. 1, Kober III § 870, 2, Makower I 2 S. 1388, Heymann S. 147 ff., Alexander S. 15 ff., a. A. Wimpfheimer S. 33 f., Düringer-Hachenburg III S. 424, III 2.

kreise des legitimierten Indossatars gehörig respektiert[1]). Eine derartige Besitzübertragung ist aber selbstverständlich nur möglich, solange der Lagerhalter tatsächlich noch Fremdbesitzer ist. Es ist unmöglich, auch im Falle des Besitzverlustes des Lagerhalters einen Besitzerwerb des Indossatars auf Grund des § 424 HGB. zu konstruieren wie Wimpfheimer und Düringer-Hachenburg[2]). Dadurch käme man zu einem Besitz ohne Besitztatbestand, einem fiktiven Besitz, der den Grundlagen unseres Rechtes widerspricht. Auch der klare Wortlaut des § 424 steht dieser Konstruktion entgegen; denn nach ihm sollen Rechte an Sachen übergehen. Mag man nun auch den Besitz als ein Recht, als ein dingliches Recht ansehen, so ist er doch kein Recht an Sachen, worunter das BGB. allein die vom dritten Abschnitt des Sachenrechts ab behandelten dinglichen Vollrechte versteht[3]).

Dieser durch die Papierbegebung bewirkte Erwerb des mittelbaren Besitzes am Gute ist nach der „Repräsentationstheorie" die Voraussetzung und die Grundlage des Erwerbes von Sachenrechten mittels Traditionspapieres. Die Vertreter dieser Theorie[4]) schliessen daraus, dass nach § 424 HGB. die Übergabe des Scheines für den Sachenrechtserwerb dieselbe Wirkung habe wie die körperliche Übergabe des Gutes, dass die Übergabe des Scheines ein Ersatz der körperlichen Tradition aus § 929 BGB. sei, der Schein also das Gut vertrete, „repräsentiere"[5]). Auf den Rechtserwerb durch Scheinbegebung hätten daher auch die Normen des Rechtserwerbes mittels Verschaffung des unmittelbaren Besitzes Anwendung zu finden. Da nun aber die Scheinbegebung nur mittelbaren Besitz übertragen kann, ist die Anwendung dieser Normen nur möglich, wenn man die in Wirklichkeit nicht erfolgte Tradition als geschehen annimmt, also anstatt des wirklich vorhandenen mittelbaren unmittelbaren Besitz fingiert[6]). Die Repräsentationstheorie führt damit zu einer

[1]) Jacobi: Wertpapier als Legitimationsmittel S. 69 und 70, Heymann S. 149, 154 f., Alexander S. 29 ff.

[2]) Ebenso. Lieser S. 52, F. Levy S. 32, Bunde S. 51.

[3]) Heymann S. 154 f., Alexander S. 16 ff.

[4]) Düringer-Hachenburg, II § 363 4, 364 3d III, 424 3, Cosack § 93, 102, F. Endemann S. 200, Gierke, DPR. 2 S. 547b, Holtzendorf S. 677, Jacobi, Wertpapiere S. 271 ff., Schaps, S. 506, Boyns II zu § 647, Wolff S. 621, Lehmann S. 538, Lieser § 23, Hillenkamp S. 41, von Rupprecht S. 50, Lange S. 63 ff., Haarmann S. 46, Steinmetz S. 33–36.

[5]) Schaps S. 508 Nr. 1.

[6]) Düringer-Hachenburg § 424 3.

Besitzfiktion dem Grade nach[1]). Sobald infolge freiwilligen oder unfreiwilligen Besitzverlustes des Lagerhalters mittelbarer Besitz nicht mehr durch Scheinbegebung übertragen werden kann, kann auch unmittelbarer an seiner Stelle nicht mehr fingiert werden, wodurch dann ein Rechtserwerb am Gute für den Fall, dass der Lagerhalter aufgehört hat, Fremdbesitzer zu sein, unmöglich geworden ist[2]). Zwar könnte sich hier, wenigstens für den Eigentumserwerb, wie Heymann[3]) ausführt, die Repräsentationstheorie mit der Annahme der Abtretung des dinglichen, gegen jedermann gerichteten Herausgabeanspruchs helfen. Doch ist dies nur in dem seltenen Falle möglich, dass der Wille der Parteien wirklich auf Abtretung eines solchen Anspruchs gerichtet ist (der Schein als solcher enthält nur den obligatorischen Anspruch). Ferner führt diese Annahme zu Komplikationen und ist für den uns hier allein interessierenden Pfandrechtserwerb nicht anwendbar, da eine Verpfändung mittels Vindikationszession dem geltenden Rechte unbekannt ist.

Die streng relative Theorie, vertreten von Hellwig und Makower[4]), schliesst sich im Gegensatz zu der Repräsentationstheorie weit enger an die allgemeinen Vorschriften an, sodass von einem Rechtserwerb mittels Papieres nur insoweit die Rede sein kann, als durch die Scheinübergabe der allgemeine für den Erwerb dinglicher Rechte erforderliche Tatbestand erfüllt ist. Die Untersuchung, welcher allgemeinen Erwerbsart dinglicher Rechte der Erwerb mittels Traditionspapieres am meisten ähnlich und daher zu subsumieren sei, bildet den Ausgangspunkt der Theorie. Makower, der die Theorie bis in die Einzelheiten verfolgt, kommt dabei zu folgendem Ergebnis: Das Wort „Übergabe" im § 424 bedeute beide Male Besitzübertragung überhaupt. Die Papierübergabe könne in ihren Wirkungen nur einer Besitzübertragung gleichgestellt werden, deren Tatbestand durch sie am ehesten erreicht würde, der sie am meisten ähnlich sei. Das seien, da die Papierübergabe ja nur mittelbaren Besitz übertragen könne, die Übertragungsarten dieses Besitzes. Werde also das Papier vom Aussteller übergeben, so liege Besitzkonstitut, werde es durch Indossament über-

[1]) Heymann S. 163.
[2]) So denn auch fast sämtliche Vertreter der Repräsentationstheorie, inkonsequent Lange, a. a. O. Haarmann u. a.
[3]) Heymann S. 167.
[4]) Hellwig S. 344 ff., 497 ff., 514, Makower S. 1390 ff.

tragen, so verschaffe das Indossament einen vom Rechte des Vormannes unabhängigen Herausgabeanspruch und lasse dadurch einen der Vindikationszession gleichen Tatbestand entstehen. Für die streng relative Theorie ist demnach der Rechtserwerb mittels Traditionspapieres ein solcher durch Besitzkonstitut oder Vindikationszession, und finden deren Normen Anwendung. Auch sie kann niemals Rechte entstehen lassen, wenn das Gut aus dem Besitze des Lagerhalters gekommen ist und sich in niemandes Besitz befindet, denn dann versagt auch die Vindikationszession. Beim Pfandrechtserwerbe muss sie sogar Besitz des Lagerhalters verlangen, da Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Besitzmittler nach § 1205 II BGB. erforderlich ist.

Die absolute Theorie[1]) endlich betrachtet den Rechtserwerb durch Papierübergabe als eine besondere, von der Tradition verschiedene Erwerbsart dinglicher Rechte, als eine ausserhalb des BGB. stehende, speziell handelsrechtliche Form dieses Erwerbes, die gleichwertig neben die Erwerbsarten des BGB., Tradition und deren Surrogate, tritt und in ihrer Wirkung der körperlichen Sachübergabe gleichkommt. Da demnach § 424 HGB. vollwertig neben § 929, 1205 I BGB. steht, tritt überall da, wo sonst Eigentum und Pfandrecht durch Einigung und Sachübergabe begründet werden, an die Stelle der Sachübergabe die Papierübergabe. Gleichgiltig ist dabei für den Rechtserwerb, ob mit dem Papierbesitz irgend ein Besitz am Gute selbst entsteht. Die Rechtserwerbsfrage ist von der Besitzfrage völlig losgelöst. Auch bei Besitzverlust des Lagerhalters vollzieht sich, von zwei später zu erwähnenden Ausnahmen abgesehen, der Rechtserwerb am Gute.

Von diesen Theorien dürfte m. E. die letzte sowohl dem Wortlaute des Gesetzes als auch den Ansprüchen des Handels an den Lagerschein am besten gerecht werden. Jedenfalls ergeben die gesetzlichen Bestimmungen nicht, dass der Rechtserwerb mittels Traditionspapieres den allgemeinen Normen unterzuordnen, also auf den durch Scheinbegebung begründeten Besitz im Sinne der relativen Theorien zurückzuführen sei; besagen sie doch

[1]) Vertreten wird sie von Strohal, Sachbesitz S. 94, Biermann zu § 870 S. 41, zu § 934 S. 143, zu § 936 S. 147, Gareis, Handelsrecht S. 369, Staub, HGB. Anm. 2 zu § 336, Anm. 14 zu § 366, Heymann S. 161 ff., Staudinger-Kober zu § 929, Fischer S. 289, 290, Alexander S. 54 f., Pappenheim, Transportgeschäft S. 67, 68, Kempner S. 29 ff.

nur, dass für den Erwerb eines dinglichen Rechtes die Scheinübergabe dieselhe Wirkung wie die Sachübergabe haben solle. Damit werden nur die Wirkungen beider Übergaben nicht aber die beiden Übergabeakte einander gleichgestellt. Nur letzteres rechtfertigte ein Zurückgehen auf die allgemeinen Erwerbsarten.

Sollte aber wirklich dieser Rechtserwerb auf den Besitz zurückzuführen sein, so kann hierfür doch nur der durch die Papierübergabe wirklich erworbene mittelbare, nicht aber ein fingierter unmittelbarer Besitz in Betracht kommen. Da jede Besitzfiktion unserem geltenden Rechte fremd ist, hätte sich eine durch die Traditionspapiere begründete Ausnahme klar aus dem Wortlaut des § 424 HGB. ergeben müssen, was nicht der Fall ist[1]). Wenn also „Übergabe des Gutes" Übertragung des mittelbaren Besitzes bedeutet, können nur dessen Wirkungen eintreten. Bedeutet es aber Erwerb des unmittelbaren Besitzes, so enthalten die Bestimmungen des § 424 keinen Anhalt dafür, dass der Rechtserwerb hier auf den Erwerb mittelbaren Besitzes zurückzuführen sei. Damit wird die Repräsentationstheorie hinfällig. Ebensowenig hat die streng relative Theorie den Wortlaut des Gesetzes für sich. Wenn sie davon ausgeht, dass „Übergabe des Gutes" gleich Besitzübertragung überhaupt sei, also den Kern der Theorie, die Vindikationszession, mit umfasse, so muss man zwar zugeben, dass bei dem wechselnden Sprachgebrauch „Übergabe des Gutes" auch die Einräumung des mittelbaren Besitzes umfassen kann. Da aber die Vindikationszession nicht immer mittelbaren Besitz begründet, so kann sie nicht ganz allgemein unter „Übergabe des Gutes" subsummiert werden. Daher kann weder sie noch der auf sie begründete Rechtserwerb aus § 424 HGB. entnommen und auf ihn gestützt werden. Die rechtliche Unhaltbarkeit der streng relativen Theorie ergibt sich auch daraus, dass die Übergabe des indossierten Orderlagerscheines, da dieser ja nur den auf dem Lagervertrage beruhenden obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Lagerhalter verbrieft, nur diesen obligatorischen nicht aber einen dinglichen Anspruch übertragen kann. Durch die Scheinbegebung kann daher wohl nach § 870 BGB. Besitz nicht aber nach dem von der Theorie herangezogenen § 931 Eigentum übertragen werden. Hierzu ist Übertragung des dinglichen Herausgabeanspruchs aus § 985 erforderlich[2]). Man kann nun aber nicht bei

[1]) Heymann S. 179 f.
[2]) Schubert S. 37 f.

jeder Indossierung zum Zwecke des Sachenrechtserwerbes eine stillschweigende Abtretung dieses dinglichen Anspruchs annehmen, ohne dass dies gegenüber der Begründung des obligatorischen Anspruchs irgendwie erkennbar hervortritt. Der Leitsatz der Theorie, dass das Indossament einen der Vindikationszession gleichen Tatbestand darstelle, ist also unrichtig und die darauf fussende Zurückführung des § 424 HGB. auf § 931 BGB. und damit ein Zurückgreifen auf das Bürgerliche Recht für das wichtigste dingliche Recht, das Eigentum, unmöglich[1]). Wie die Betrachtung der Konsequenzen beider Theorien zeigt, ergeben sich auch keine im Verkehr praktisch brauchbaren und ihm günstigen Resultate. Die Repräsentationstheorie entzieht beispielsweise, abgesehen von dem seltenen, von den Anhängern der Theorie selbst nicht berücksichtigten Falle, wo Vindikationszession denkbar[2]) ist, bei Besitzverlust des Lagerhalters dem Scheine die dingliche Wirkung[3]). Dies widerspricht einmal dem Wortlaut des Gesetzes, das zwar den Beginn der dinglichen Wirkung an die Übernahme des Gutes durch den Lagerhalter knüpft, damit aber nicht sagt, dass sie bei dessen Besitzverlust ende[4]), sodann wird dadurch auch dem Schein jedes Vertrauen und so die Möglichkeit, die Warenzirkulation zu vermitteln[5]), entzogen. Müsste doch dann jeder Scheinerwerber, um sicher zu gehen, erst untersuchen, ob der Lagerhalter noch Besitz hat, also prüfen, ob der Schein noch dingliche Rechte übertragen kann. Ähnlich wird auch nach der streng relativen Theorie die dingliche Wirkung des Scheines durch die gegen die Vindikationszession zulässige Einrede aus § 986 BGB. gehemmt. Beim Rechtserwerb vom Nichtberechtigten kann nach den relativen Theorien der Scheinempfänger nie mit Sicherheit wissen, wann und ob er das dingliche Recht erworben hat, und welche kollidierenden Rechte dritter auf Grund des § 936 II BGB. etwa noch auftauchen[6]). Beide Theorien sind daher dadurch, dass sie den Erwerb mittels Traditionspapieres auf die komplizierten, bestrittenen und schwer handzuhabenden Normen über den Fahrniserwerb zurückführen, in ihren Folgen für

[1]) Schubert S. 37 f.

[2]) cfr. oben S. 11.

[3]) Endemann S. 200 Nr. 27, Rupprecht S. 57, Hillenkamp S. 44, Cosack S. 429 u. a.

[4]) Strohal, Succession S. 14–15, Beckmann S. 38.

[5]) Im einzelnen mag hier auf Heymann S. 166–169 verwiesen werden.

[6]) Heymann S. 170 f., Schubert S. 17.

den im Verkehr stehenden Kaufmann nicht zu übersehen. Sie führen infolge dessen zu Rechtsunsicherheit und zum Misstrauen gegen die Traditionspapiere und werden so deren Zwecken, ruhende Güter zu mobilisieren und dem „merkanten Güterumlauf“ zu dienen[1]), nicht gerecht.

Die absolute Theorie dagegen ergibt einfache und klare Resultate, die jedermann übersehen kann. Sie schafft, da nach ihr das Recht am Gute unmittelbar dem Rechte am Scheine ohne Rücksicht auf den schwer festzustellenden Besitz eines Dritten folgt, volles Vertrauen auf die Sicherheit des durch Schein erworbenen Rechts, worauf die Lebensfähigkeit der Traditionspapiere beruht. Sie allein entspricht also den Bedürfnissen des Verkehrs. Daneben wird sie aber auch den gesetzlichen Bestimmungen gerecht. Mag man die Worte des § 424 „für den Erwerb von Rechten am Gut hat die Übergabe des Scheines dieselbe Wirkung wie die Übergabe des Gutes“ dahin verstehen, dass sie einen Ersatz der körperlichen Tradition statuierten, da der Ausdruck „hat dieselbe Wirkung“ gleichbedeutend mit „kann ersetzt werden“ sei[2]), oder mag man sie dahin auslegen, dass nach ihnen für den Erwerb von Rechten davon abgesehen werden solle, dass Papierübergabe etwas anderes als Sachübergabe sei[3]), immer führt der Wortlaut des Paragraphen zur absoluten Theorie. Dasselbe tut die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, die sich in den Motiven zum BGB. III S. 90 widerspiegelt. Danach sind die vom Handel geschaffenen Formen eines Eigentumserwerbes ohne Sachtradition lediglich auf Grund der Übergabe gewisser Verfügungspapiere nicht auf einen konsensualen Besitzwechsel zurückzuführen, sondern als eine Ausnahme von der sonst erforderlichen Sachtradition zu betrachten[4]).

Sodann ist die Annahme eines Rechtserwerbes ohne Besitzerwerb keineswegs etwas ganz exceptionelles für das geltende Recht, sodass der von Goldschmidt und Randa[5]) gegen Exner erhobene Vorwurf, dass seine Theorie den historischen Zusammenhang und logischen Parallelismus zwischen Rechtserwerb und Besitzerwerb durch Tradition durchbreche, heute hinfällig ist. Denn wenn auch das geltende Recht für den Erwerb dinglicher

[1]) Goldschmidt S. 700.
[2]) Alexander S. 66 ff.
[3]) Schubert S. 47 ff.
[4]) Heymann S. 182 f.
[5]) Goldschmidt, Handbuch § 79 Anm. 3, Randa, Der Besitz S. 486 Anm. 60, Eigentum, 2. Aufl. S. 321 Anm. 16.

Rechte auf dem Traditionsprinzipe steht, also zum Erwerbe nicht der formlose dingliche Vertrag genügt[1]), sondern noch die Übertragung des Besitzes, des sachenrechtlichen Legitimationsmittels erforderlich ist, so hat es doch dieses Prinzip mehrfach durchbrochen. Es kennt im Eigentumserwerbe durch Vindikationszession nach § 931 BGB. eine Erwerbsart, die von jedem Besitzübergange losgelöst ist. Ebenso wird das Eigentum und bei der Verbodmung ein Pfandrecht am Schiffe durch reinen dinglichen Vertrag begründet. Ihnen gliedert sich der vom Besitzerwerbe losgelöste Erwerb mittels Traditionspapieres harmonisch an[2]).

Nach alledem lässt sich also die absolute Theorie auf Grund des geltenden Rechts sehr gut erklären und konstruieren. Die Papierbegebung ist deshalb ein vollwertiger, sie ausschliessender Ersatz der Tradition beim Erwerbe von Sachenrechten, weil sie den Besitz in seiner Bedeutung als äusseren Tatbestand des Rechts zu ersetzen vermag. Wie Gierke[3]), Herbert Meyer[4]) und Wellspacher[5]) nachgewiesen haben, liegt unserem Sachenrecht das Publizitätsprinzip zu Grunde, wonach gegen alle wirkende dingliche Rechte auch allen erkennbar sein müssen. Damit sie erkennbar seien, müssen sie mit einem äusseren Tatbestande verknüpft werden, den im Liegenschaftsrecht das Grundbuch, im Fahrnisrecht der Besitz schafft. So ist also der Besitz hier die kundliche, jedem sichtbare und erkennbare Seite des dinglichen Rechts[6]). Wer besitzt, hat die Vermutung des Rechts, den Rechtsschein für sich. Durch die Tradition entäussert sich nun der Besitzer des Rechtsscheines und sichert den Erwerber damit gegen konträre Verfügungen seinerseits. Dieselbe Sicherheit bietet für den Erwerb die Übergabe eines dinglich wirkenden Traditionspapieres, da auch der Papierbesitz als künstlicher äusserer Tatbestand die Legitimation für das Recht, den Rechtsschein, gibt.

[1]) So Kohler, Archiv für bürgerliches Recht 18, S. 1 und bei Holtzendorf I S. 611.

[2]) Erwähnt soll hier nur noch werden, dass auch die historische Grundlage, die, wie Heymann gezeigt hat, in der mittelalterlichen traditio per cartam zu sehen ist, auf eine absolute Wirkung der Papierübergabe hinführt. Im einzelnen mag dafür auf Heymann, Abschnitt V S. 187—219 verwiesen werden.

[3]) Gierke, Bedeutung des Sachensbesitzes S. 12 und 16 DPR. II S. 188 ff., 208, 213, 264 f.

[4]) a. a. O. S. 1—8, 83 - 97.

[5]) a. a. O. S. 1—120.

[6]) Wellspacher S. 2.

Heymann[1]) will dies aus der Natur des Lagerscheines als Präsentationspapieres beweisen. Da der Lagerhalter pflichtgemäss nur gegen den Schein an dessen legitimierten Besitzer die Güter ausliefern dürfe und ausliefere, könne nur der, welcher das Papier erlange, Rechte erlangen und geltend machen. Daher sei jede Rechtsübertragung an die Scheinübergabe geknüpft und jeder konkurrierende Erwerb ohne Schein ausgeschlossen; könne doch der dritte Erwerber, der den Schein nicht erhalten habe, sein Recht dem Lagerhalter gegenüber nie zur Geltung bringen. Demgegenüber macht Jacobi[2]) geltend, dass, wenn die Eigenschaft als Präsentationspapier allein die dingliche Wirkung der Traditionspapiere erklären könnte, auch der von einem Landwirt als Präsentationspapier ausgestellte Verpflichtungsschein auf Herausgabe des in seinen Speichern lagernden Getreides dingliche Wirkung haben müsste, was nicht der Fall sei. Man wird hierin Jacobi Recht geben müssen, ohne deswegen seinen weiteren Ausführungen, die sich aus seiner Stellung als Anhänger der relativen Theorien ergeben, folgen zu müssen. Heymann berücksichtigt m. E. bei seinem Erklärungsversuch nicht, dass der Lagerschein zunächst nur Träger eines obligatorischen Anspruchs ist, also nur zur Geltendmachung eines Forderungsrechtes legitimiert. Die Eigenschaft des Lagerscheines als Präsentationspapieres erklärt daher nur seine ausschliessliche Legitimationswirkung für das Forderungsrecht. Bei dinglich wirkenden Scheinen hat nun aber das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung (§ 424 usw.) die Legitimationswirkung des Scheinbesitzes über die zum Forderungsrechte zu einer solchen zu sämtlichen Rechten an Sachen erweitert. Diese Tatsache hat vielfach dahin Ausdruck gefunden, dass das Papier, wie es Träger des Forderungsrechtes, so auch Träger des dinglichen Rechtes, das dingliche Recht in ihm inkorporiert sei. So sagt Exner[3]), dass das zu bestellende dingliche Recht im Scheine inkorporiert und frei transferiebel gemacht sei. Alexander[4]) erklärt: Daraus, dass durch das Indossament einmal das Forderungsrecht aus dem Papier und das Eigentum am Gut übertragen werde, sei aus der Gleichheit der Form des Rechtsüberganges auf die Gleichheit der Ursachen zu schliessen, woraus sich ergebe, dass Forderungsrecht und Eigentums-

[1]) Heymann a. a. O. S. 214 ff., ebenso Fischer S. 290 Anm. 1.
[2]) Jacobi, Legitimationsmittel S. 66 ff., 83 ff.
[3]) a. a. O. S. 207.
[4]) S. 1 ff.

recht in gleicher Weise im Scheine verbrieft seien. Schon der Umstand, dass er dann gezwungen ist, das Pfandrecht als ein Pfandrecht am Eigentumsrecht zu konstruieren, spricht gegen seine Konstruktion. Überhaupt erscheint die Ansicht von der Verkörperung dinglicher Rechte im Papiere etwas gewagt. Auch ohne diese Konstruktion findet die dingliche Wirkung ihre Erklärung völlig darin, dass kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift der Besitz eines Wertpapiers obligatorischen Inhalts auch für den Erwerb dinglicher Rechte legitimiert, dass es für seinen legitimierten Inhaber den Rechtsschein des dinglich Berechtigten schafft. Damit hat das Gesetz für den Sachenrechtserwerb neben dem Besitze als der natürlichen eine künstliche Publizitätsform geschaffen. Da beide demselben Zwecke, der Sichtbarmachung innerer, unsichtbarer Rechtsverhältnisse dienen, sind sie neben einander überflüssig und müssen einander ausschliessen, was auch im Interesse der Verkehrssicherheit unbedingt erforderlich ist. Ebenso wie also der Besitz bei Grundstücken nicht mehr Publizitätsform ist, kann er es auch nicht mehr bei Waren sein, über die ein dinglich wirkender Lagerschein ausgestellt ist[1]). Aus dieser unlöslichen Verknüpfung der Legitimation für die Rechte an Sachen mit dem ein Forderungsrecht auf das Gut verbriefenden Wertpapiere folgt notwendiger Weise, dass diese Legitimation und damit auch das dingliche Recht selbst mit dem Wertpapiere, also nach den für dessen Übertragung geltenden Sätzen erworben, das Wertpapier also das Übertragungsmittel des dinglichen Rechtes wird[2]). Welches Recht nun im einzelnen Fall übergeht oder entsteht, dass bestimmt, da ja die Legitimation sämtliche möglichen Rechte am Gut umfasst, die Parteivereinbarung und die materielle Lage des Falles.

Verkehrsbedürfnis und Gesetzesinterpretation führen uns also zur absoluten Theorie.

[1]) Kempner S. 40, cfr. auch S. 37–41.
[2]) Gierke DPR. II S. 106 ff., S. 166–168.

III. Kapitel.

I.

Auf der Grundlage dieser Theorie, aber unter gelegentlichem Hinweis auf die abweichenden Ergebnisse der beiden anderen, sollen nunmehr die Besonderheiten, welche die Verpfändung mittels Lagerscheines gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung zeigt, zur Darstellung gelangen. Wie schon oben gesagt, werden uns Besonderheiten zwischen beiden immer da entgegentreten, wo der Lagerschein, das die Verpfändungsart charakterisierende eigenartige Verpfändungsmittel, in Wirksamkeit tritt, also zunächst bei der Pfandbestellung selbst.

In der Regel wird der Eigentümer seine Sache einem andern verpfänden. Das vom Eigentümer beziehungsweise einem sonst dazu Berechtigten bestellte Pfandrecht muss daher den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden. Beim Lombard kann die Verpfändung, da ja die allgemeinen Regeln zur Anwendung kommen, in dreifacher Weise geschehen[1]): Entweder durch Hingabe des Pfandobjekts in den unmittelbaren Besitz des Lombardeurs oder durch Begründung eines mittelbaren Besitzes oder endlich des Mitbesitzes zu Gunsten des Gläubigers. Es ist also in jedem Fall ein Besitzwechsel erforderlich, weil der Besitz als Legitimationsmittel beim Sachenrechtserwerbe dient und so den Pfandrechtserwerb aussenstehenden Dritten kundbar macht. Das Publizitätserfordernis hat das moderne im Anschluss an das alte deutsche Recht gerade beim Pfandrecht sehr scharf, schärfer als bei den sonstigen dinglichen Rechten im Interesse der Verkehrssicherheit betont. Es verlangt hier immer einen nach aussen in die Erscheinung tretenden Besitzwechsel, so dass jeder Pfandvertrag, der dem Verpfänder die allgemeine tatsächliche Gewalt über die Sache belässt, also jedes offene oder verschleierte Besitzkonstitut, unwirksam ist.

Allen drei Arten der Verpfändung ist die Einigung gemeinsam, der dinglich abstrakte formlose Vertrag der Parteien, dass der Gläubiger für seine Forderung an einer bestimmten Sache ein Pfandrecht erhalten solle.

In einem Falle entsteht sogar unmittelbar mit der Einigung das Pfandrecht, nämlich dann, wenn der Pfandgläubiger schon im Besitze, sei es dem unmittelbaren oder

[1]) Dernburg Bd. 3 S. 742 ff., Endemann S. 510 ff., Planck zu § 1205 ff., Staub zu § 368.

mittelbaren, des Pfandobjektes ist, da dieser ihn ja als berechtigt legitimiert (Verpfändung durch brevi manu traditio § 1205 I. Satz 2). Sonst aber entsteht das Pfandrecht erst dann, wenn zur Einigung noch eine der drei genannten Formen des Besitzwechsels tritt, also erst mit der Übergabe der Sache, die darin besteht, dass der Verpfänder die tatsächliche Gewalt über die Sache unter Vorbehalt des mittelbaren Eigenbesitzes[1]) aufgibt, und der Lombardeur den unmittelbaren Besitz nach § 854 als Fremdbesitzer erlangt. Doch muss dies keineswegs durch körperliche Übergabe von Hand zu Hand geschehen – was ja oft gänzlich unmöglich ist – sondern es genügt, dass der Pfandgläubiger die ungehinderte Möglichkeit erhält, sich die tatsächliche Gewalt zu verschaffen. So findet beispielsweise beim Lombard an Waren, die in einem dem Verpfänder gehörigen Raume oder einem Privatspeicher lagern, die Verpfändung dadurch statt, dass dem Bankier der Schlüssel zu jenen Räumen ausgehändigt wird[2]), oder dass die Waren vermittels Tafeln mit Aufschrift markiert werden. Auch letzteres gilt als effektive Tradition[3]). Auch eine Umschreibung der eingelagerten Ware auf den Namen des Pfandgläubigers dürfte mehr unter § 1205 I als § 1205 II fallen[4]).

Hat aber der Verpfänder den unmittelbaren Besitz der Pfandsache nicht, so ist eine Übergabe ausgeschlossen. Doch ist dann unter der Voraussetzung, dass er wenigstens mittelbarer Besitzer ist, eine Verpfändung möglich[5]), indem er durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs gegen den Besitzmittler (Lagerhalter) den mittelbaren Besitz auf seinen Gläubiger überträgt und die Verpfändung dem Lagerhalter mitteilt[6]). Diese Anzeige ersetzt die sonst durch die körperliche Übergabe hergestellte Verbindung zwischen Pfandsache und Pfandgläubiger, indem sie erst diese in den Machtbereich des Lombardeurs bringt, da der Lagerhalter ja bis zu diesem Augenblicke noch rechtmässig das Gut auf Verlangen an den Einlagerer herausgeben könnte und müsste.

---

[1]) Gierke DPR. II S. 973.
[2]) Goldschmidt S. 86.
[3]) Zipper S. 22.
[4]) Fischer S. 237.
[5]) Sollte er selbst nicht einmal mittelbarer Besitzer der Sache sein, so kann er daran kein Pfandrecht bestellen, denn eine der Eigentumsübertragung durch blosse Vindikationszession entsprechende Pfandbestellung kennt das Recht nicht.
[6]) § 870 beziehungsweise § 398 des BGB.

Bei dieser Art der Verpfändung kann und muss auch ein nicht dinglich wirkender Lagerschein (Rekta- oder Inhaber-Lagerschein) mitwirken, ohne dass man hier von einer Verpfändung mittels Scheines sprechen kann. Jeder Lagerschein ist ein Wertpapier, das den Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler verbrieft, und dessen Besitz daher zur Geltendmachung des Anspruchs, dessen Übergabe zu seiner Abtretung unbedingt erforderlich ist. Soll daher zwecks Pfandbestellung an lagernden Gütern, über deren Einlagerung ein Lagerschein ausgestellt ist, mittelbarer Besitz übertragen werden, so kann dies nur durch Abtretung des Herausgabeanspruches mittels Scheines, also bei einem Rektalagerschein durch Zession und Scheinübergabe, beim Inhaberlagerschein durch blosse Scheinübergabe erfolgen[1]). Im Augenblicke der Benachrichtigung des Lagerhalters entsteht dann das Pfandrecht am Lagergute. Ausser dem Gute kann aber der Scheininhaber auch seine Forderung auf Herausgabe des Gutes verpfänden, indem er das den Herausgabeanspruch verbriefende Wertpapier als solches in Lombard gibt. In dieser Verpfändung eines Rektalagerscheines nach §§ 1273 ff. wie in der eines Inhaberlagerscheines nach §§ 1293, 1205, 1206 liegt natürlich schon eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Lagerhalter. Erfolgt dann noch auf Grund einer Einigung der Parteien eine Anzeige der Verpfändung an den Lagerhalter, so ist damit auch ein Pfandrecht an der Ware begründet, allerdings nicht in der Weise, dass der Lagerschein das Mittel zur Begründung des Pfandrechtes war.

Endlich genügt es auch, wenn der Verpfänder statt des alleinigen unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes nur den unmittelbaren oder mittelbaren Mitbesitz erhält. Allerdings genügt nur ein Mitbesitz, bei dem der Verpfänder nicht ohne die Mitwirkung des Lombardeurs an die Pfandsache heran kann. Bei unmittelbarem Mitbesitz muss die Pfandsache unter den Mitverschluss des Lombardeurs gegeben werden. Jeder der beiden Mitbesitzer muss seinen eigenen verschiedenen Schlüssel haben. Bei mittelbarem Mitbesitz muss der Besitzmittler verpflichtet werden, die Pfandsache nur an Pfandgläubiger und Pfandschuldner gemeinsam herauszugeben. Gerade diese Art der Verpfändung findet sich beim Warenlombard sehr häufig. Man pflegt die zu verpfändende Ware in einem Lagerhause einzulagern und sich Herausgabe an Pfand-

[1]) § 402 BGB.

gläubiger und Pfandschuldner gemeinsam auszubedingen. Das charakteristische ist bei allen diesen Arten der Verpfändung, dass der Lombardeur in einer Weise Besitz am Pfandobjekt erlangen muss, die einem jedem, der von dem Vorhandensein der Pfandsache Kenntnis nimmt, als ein Besitzverhältnis des Lombardeurs erscheint. Im Gegensatz hierzu braucht bei der Verpfändung einer Ware mittels dinglich wirkenden Lagerscheines kein Besitz an der Ware begründet zu werden[1]). Dass durch Übergabe des Lagerscheins, der ja ebenfalls den obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Lagerhalter verbrieft, der mittelbare Besitz auf den Lombardeur übertragen wird, falls nur der Lagerhalter noch Besitzmittler ist, ist selbstverständlich und schon oben erwähnt. Doch ist diese Besitzübertragung für die Begründung des Pfandrechts völlig belanglos, weil auch dann ein Pfandrecht zur Entstehung gelangt, wenn der Besitz deswegen nicht übergehen kann, weil der Lagerhalter aufgehört hat, Besitzmittler zu sein, und so auch der Verpfänder seinen mittelbaren Besitz verloren hat. Dem auch hier geltenden Erkennbarkeitsprinzipe wird nicht durch den Wechsel im Besitze des Gutes, sondern durch den Besitz des Scheines Genüge getan. Überhaupt vertritt kraft seiner dinglichen Wirkung der Schein vollständig das Gut, seine Übergabe tritt überall beim Erwerbe von Sachenrechten als gleichwertiges Surrogat an die Stelle der Übergabe des Gutes[2]), welches Objekt des Rechtes ist. So erfolgt die Pfandbestellung dadurch, dass der Eigentümer den Lagerschein an den aus dem Scheine zum Empfang des Gutes Legitimierten übergibt, und beide darüber einig sind, dass dem Gläubiger ein Pfandrecht am Gute[3]) zustehen soll, also analog § 1205, I. Zur Einigung hat dann die Übergabe des Lagerscheines hinzuzutreten, auch dann, wenn der Lagerhalter, der unmittelbare Besitzer, selbst der Lombardeur ist. In welchem Sinne aber soll das Wort „Übergabe“ hier aufzufassen sein? Wie schon gesagt, bezeichnet es bald nur die Übertragung des unmittelbaren, bald auch die des mittelbaren Scheinbesitzes. Da die Übergabe des Lagerscheines ein Pfandrecht am Scheine und damit auch ein solches am Gute begründen soll, so handelt es sich um die Übergabe eines Orderpapieres zwecks Pfand-

[1]) Heymann S. 171 ff., Stark S. 33 ff., Wimpfheimer S. 61.

[2]) Unrichtig ist es aber, wie Kempner S. 31 zu sagen, dass Papierübergabe Übergabe des Gutes sei.

[3]) Fischer S. 292.

bestellung. Die Erklärung des Begriffes muss also im Anschluss an § 1292 BGB. erfolgen. Die herrschende Meinung[1]) versteht hier unter Übergabe nur die Einräumung des unmittelbaren Papierbesitzes, weil der Pfandgläubiger in den Stand gesetzt werden solle, das Papier dem Schuldner auszuhändigen. Könne er doch nur gegen Aushändigung des Papieres sein Recht aus § 1294, schon vor Fälligkeit der gesicherten Forderung die Leistung aus dem verpfändeten Papiere zu verlangen, geltend machen und die Aushändigung des Gutes bei Fälligkeit der Pfandforderung zum Zwecke der Befriedigung aus demselben verlangen. Warum aber sollte der Begriff der Übergabe bei der Verpfändung eines Orderpapieres enger sein als bei der eines Inhaberpapieres, wo er auch die Einräumung des mittelbaren und des Mitbesitzes umfasst, wie sich deutlich aus § 1293 BGB. ergibt, zumal doch das Inhaberpapier zur Geltendmachung der Rechte aus ihm ebenso notwendig ist, und § 1294 BGB. in gleicher Weise gilt? Man muss daher annehmen, dass auch die Verpfändung eines Orderpapieres durch Einräumung des mittelbaren Besitzes und des unmittelbaren oder mittelbaren Mitbesitzes möglich ist. Mithin genügt auch zur Verpfändung mittels Lagerscheines die Einräumung des mittelbaren Besitzes am Schein, wenn nur der Gläubiger jederzeit in der Lage ist, den unmittelbaren Alleinbesitz zu erlangen[2]). Ist es doch auch ganz gebräuchlich, Güter einem Dritten mittels eines bei einem anderen Bankier im Depot befindlichen Lagerscheines zu verpfänden.

Die Übergabe des Scheins muss aber an einen ganz Bestimmten erfolgen, damit durch sie für diesen ein Pfandrecht am Gute entstehe, nämlich an den „aus dem Scheine zur Empfangnahme des Gutes Legitimierten". Dies ist nach § 365 HGB. und Artikel 36 WO. unter Heranziehung von §§ 450, 447 HGB. der Adressat, an den nach dem Wortlaute des Papiers das Gut ausgeliefert werden soll, oder dessen Order, d. h. der, welchem der Schein durch Indossament übertragen worden ist. Somit vollzieht sich die Scheinübergabe zwecks Warenverpfändung in den Formen der Verpfändung des Papieres nach § 1292 BGB.

Will also ein Lagerhalter ihm gehörige, bei ihm lagernde Waren in Lombard geben, so kann er dies ohne

[1]) Planck zu S. 745, 3, Biermann zu § 1292 I S. 505, Staub zu § 368, 11, Karl Lehmann zu § 424, 9, Staudinger-Kober zu § 1292, 1b, Felsmann a. a. O. S. 18 f.

[2]) Wentzel S. 38 ff.

Ortsveränderung des Gutes nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Lombards nur dadurch, dass er den Raum, in dem die Ware lagert, unter den alleinigen oder doch wenigstens den Mitverschluss des Lombardeurs stellt. Anders dagegen, wenn er sie mittels Lagerscheines verpfändet. Übergibt er nämlich dem Pfandgläubiger den an ihn adressierten Schein, so erhält dieser mit der Scheinübergabe ein wirksames Pfandrecht, ist er doch „aus dem Scheine legitimiert". So ermöglicht also der Lagerschein abweichend vom gewöhnlichen Lombard die Verpfändung einer Ware ohne jede Besitzschmälerung des Verpfänders[1]). Durch Übergabe des Lagerscheines würde ferner in dem aber kaum praktisch vorkommenden Falle, dass der Einlagerer sich einen Schein auf den Namen eines Dritten ausstellen liesse und diesem den Schein in Verpfändungsabsicht übergäbe, ein Pfandrecht am Gute entstehen.

Dann ist nach § 365 HGB. beziehungsweise Artikel 74 WO. derjenige aus dem Scheine legitimiert, dem er durch Indossament übertragen ist, oder auf den, falls das Papier mehrere Indossamente trägt, eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten herabführt. Durch Übergabe des indossierten Scheines also begründet der Scheininhaber, sei es nun der Adressat oder ein Indossatar, ein Pfandrecht am Gute mit dem Pfandrecht am Scheine. Das hier verwendete Indossament ist also ein Indossament zu Pfandzwecken, das als abstraktes Rechtsgeschäft diesen Zweck natürlich nicht zum Ausdruck zu bringen braucht und sich infolgedessen äusserlich von der Regel, d. i. dem Eigentumsindossamente, in keiner Weise unterscheidet. Da das Gesetz dieses Indossament zu Pfandzwecken nicht erwähnt, sondern nur das Vollindossament, das Eigentum überträgt, und das Prokura- oder Inkassoindossament nennt, wird vielfach die Meinung vertreten[2]), dass dieses Indossament eben auch ein Eigentumsindossament sei und kein Pfandrecht am Papier begründe, sondern sämtliche Rechte aus dem Papier übertrage, der Indossator daher auf Grund der fiduziarischen Parteivereinbarung lediglich obligatorisch verpflichtet sei, sein Eigentum nur im Rahmen eines Pfandrechts zu benutzen. Nach dieser Ansicht begründete also die Übergabe eines indossierten Lager-

[1]) Staub zu S. 368 Anm. 20.

[2]) Dernburg BGB. III S. 826, Laband, Zeitschrift für Handelsrecht 9 S. 245 ff., Endemann, Handbuch II S. 68 ff., Simonson, Zeitschrift Nr. 45 S. 569 und 577 ff., Grünhut S. 89.

scheines in Verpfändungsabsicht, da das Recht am Gute dem Rechte aus dem Papiere folgt, fiduziarisches Eigentum wie am Papier so auch an der Ware.

Dem gegenüber steht die Ansicht, dass das Indossament zu Pfandzwecken, auch wenn es äusserlich als Voll-, als Eigentumsindossament erscheint, doch nur ein Pfandrecht begründe[1]). Da aber ein jedes Vollindossament nach aussen dem Papierverpflichteten und Dritten gegenüber die Legitimation als Eigentümer gibt, ist dann der Indossatar, obwohl er nicht Eigentümer geworden ist, doch in der Lage, als Eigentümer zu handeln, Rechte auszuüben, die er nicht ausüben soll. Damit ist ihm, zumal der Eigentümer durch die indossierte Übergabe des Papieres seine eigene Legitimation zu Gunsten des Indossatars aufgegeben hat, eine Verfügungsmacht anvertraut, die weiter geht als sein Verfügungsrecht. Man erwartet von ihm, wie Schultze[2]) sagt, „Uneigennützigkeit und Treue im Gebrauch seiner ihm gewährten Legitimation". Wie auch Gierke[3]) betont, handelt es sich hier um ein Treuhandverhältnis. Eine Begebung zu „treuen Händen" begründet aber keine obligatorische Verpflichtung wie die fiducia sondern eine dingliche Beschränkung, sodass der Indossant Eigentümer bleibt und sein Eigentum gegen jeden unredlichen Erwerber und im Konkurse des Indossatars geltend machen kann.

Mögen auch der Umstand, dass Pfand- und Eigentumsindossament sich nicht äusserlich unterscheiden, dass § 1295 BGB. von dem Pfandgläubiger schlechtweg als „Gläubiger" spricht, sowie die Ausführungen der Motive S. 868 für die erstere Ansicht sprechen, so ergibt sich die Richtigkeit der letzteren schon aus § 1292, der ausdrücklich von der Verpfändung eines Orderpapieres spricht und deren Erfordernisse aufstellt, besonders aber aus der genauen Präzision der Befugnisse des Pfandindossatars in den §§ 1294 und 1295. Auch § 1294 der von der gegnerischen Ansicht vielfach als Stütze herangezogen wird, da er dem Indossatar die Einziehung der Forderung vor Fälligkeit gestatte, also volle Gläubigerrechte gebe, spricht nicht für

[1]) Gierke DPR. S. 150, Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 488, Biermann S. 505, Planck S. 746, Wimpfheimer S. 58 ff., Staudinger-Kober zu § 1292, 2, Schultze a. a. O. S. 53, Jacobi, Wertpapiere S. 55 ff., Cosack BGB. S. 358, II, Heymann S. 172 ff., Wentzel S. 40 ff., Kostanecki S. 39 und 144, Staub 15 zu § 368, Felsmann S. 25 ff.

[2]) Schultze S. 1.

[3]) Gierke S. 150 ff.

diese Ansicht. Der Paragraph hat, wie Kober zeigt, seinen praktischen Grund darin, dass der Wechsel zu einer bestimmten Zeit fällig ist, und der Kurs anderer Papiere sinken, und so die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet werden kann. Er spricht vielmehr gerade für unsere Ansicht, denn wenn das Indossament zu Verpfändungszwecken Eigentum übertrüge, verstände sich sein Inhalt von selbst; er wäre also völlig überflüssig.

Das Indossament zu Pfandzwecken überträgt also ein Pfandrecht, auch wenn es äusserlich völlig mit dem Eigentumsindossamente übereinstimmt, sich gewissermassen hinter diesem verbirgt, ein sogenanntes „verkapptes Pfandindossament" ist. Doch kann es sich auch offen durch einen Zusatz wie „zum Pfande", „zur Sicherheit" als Pfandindossament zu erkennen geben (offenes Pfandindossament). Dies ist jedoch nicht unbestritten. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Vermerkes sind Laband[1]), Endemann[2]), Lehmann[3]), für sie Gierke[4]), Planck[5]), Biermann[6]), Goldschmidt[7]), Staub[8]), v. Canstein[9]), Jacobi[10]), Wimpfheimer[11]). Ich möchte mich der Ansicht der letzteren anschliessen, denn „das Gesetz kann nicht verbieten, dass man die Wahrheit sagt"[12])[13]).

---

[1]) a. a. O. S. 247 ff.
[2]) a. a. O. S. 68.
[3]) Recht der Aktiengesellschaft II S. 64 Anm. 4.
[4]) a. a. O. S. 150 Anm. 38.
[5]) a. a. O. S. 745.
[6]) a. a. O. S. 505.
[7]) Handbuch II Abteilung 2 S. 894.
[8]) S. 1363 Anm. 15.
[9]) a. a. O. S. 225.
[10]) Wertpapiere S. 59, 60.
[11]) a. a. O. S. 59.
[12]) Staub a. a. O.
[13]) Der Vermerk „zum Pfande" hat übrigens nur für das Innenverhältnis und nach aussenhin insoweit Bedeutung, als er das Pfandverhältnis erkennbar macht und einen gutgläubigen Eigentumserwerb Dritter vom Pfandgläubiger ausschliesst. Damit ist m. E. aber noch nicht ausgeschlossen, dass der Pfandgläubiger seinerseits auch wenn § 1295 BGB. nicht gegeben ist, das Papier weiter indossiert, wie Jacobi a. a. O., Gierke, Staudinger, Wentzel S. 42 behaupten, sondern sein Indossament ist eben ausser im Fall des § 1295 BGB., kein Eigentums- sondern ein Pfandindossament und begründet eine Weiterverpfändung. Hinsichtlich der Leistungspflicht des Scheinverpflichteten aber ist der Pfandvermerk im Indossament bedeutungslos, da er gegenüber dem offenen so wenig wie gegenüber dem verkappten Pfandindossament, Einreden aus seiner Natur als Pfandindossament oder Einreden aus der Person des Verpfänders geltend machen kann. Vielmehr fänden auch hier,

Endlich begründet auch ein Blankoindossament, da es in seiner Legitimationswirkung dem Rektaindossament gleichsteht, ein Pfandrecht am Orderpapier. Mit dem Pfandrecht am Lagerschein entsteht aber auch das Pfandrecht am Lagergut, sodass also auch seine Verpfändung mittels Lagerscheines durch Vollindossament, offenes Pfandindossament oder Blankoindossament erfolgt[1]).

Wie wir gesehen, wird also bei der Verpfändung mittels Lagerscheines ein Gut, eine bewegliche Sache, ganz abweichend nach Regeln verpfändet, nach denen sich sonst die Verpfändung eines Orderpapieres richtet. Diese Eigentümlichkeit ergibt als Abweichungen vom gewöhnlichen Lombard die Möglichkeit einer Verpfändung von Sachen, die der Verpfänder im eigenen unmittelbaren Besitz behält, und von solchen, an denen er nicht einmal mehr mittelbaren Besitz hat. Nur in zwei Fällen kann bei Besitzverlust des Lagerhalters mittels Lagerscheines kein Pfandrecht begründet werden. Einmal, wenn der Lagerhalter das Gut freiwillig ohne Rückgabe des Scheines herausgegeben und ein Dritter in gutem Glauben daran Eigentum durch Tradition erworben hat, und dann, wenn der Einlagerer das Gut in seinen unmittelbaren Besitz

---

da auch dieses Indossament dem Indossator ein eigenes Recht verleiht und deshalb als Vollindossament gemäss Artikel 9 WO. gilt, Artikel 82 WO. und § 364_2 HGB. Anwendung. (So Staudinger 1292, 2, Jacobi, Wertpapiere S. 58, Staub zu § 368 Anm. 73, Wentzel S. 43, a. A. Gierke S. 250.)

[1]) Nun ist aber die Verpfändung eines Orderpapiers durch Indossament nicht die einzige Art seiner Verpfändung. Da das Gesetz sagt, das Indossament sei „genügend" nicht aber, es sei „erforderlich", wie das der erste Entwurf tat, muss man annehmen, dass ein Orderpapier auch nach den allgemeinen Regeln über die Verpfändung von Rechten bzw. Forderungen, also nach § 1274, beziehungsweise 1205 und 1206, beziehungsweise 1279 ff. durch Einigung und Übergabe des nichtindossierten Papieres verpfändet werden kann. (So Staub § 368, 17, 18, Kober § 1292, Cosack II § 271, Wentzel S. 38 f., a. A. Dernburg III § 281, 1.) Eine Verpfändungsanzeige an den Scheinaussteller (Lagerhalter), ist hier nicht erforderlich, da 1280 B. keine Anwendung findet (Staub, a. a. O. Cosack). Damit ist nun zwar ein Pfandrecht am Lagerschein, nicht aber am Lagergut entstanden, denn nur die indossierte Scheinübergabe hat dingliche Wirkung. Da aber in einer derartigen Verpfändung des Scheines eine Abtretung des in ihm verbrieften Herausgabeanspruchs gegen den Lagerhalter liegt, kann ein Pfandrecht am Gut, solange der Lagerhalter Besitzmittler ist, durch die Anzeige an ihn, dass das Gut verpfändet sei, gemäss 1205 II herbeigeführt werden. (So Fischer S. 292, a. A. Kempner S. 77, 40, unter irrtümlicher Berufung auf Heymann.) Doch liegt hier keine Verpfändung mittels Lagerscheines vor.

bekommt, es durch Tradition einem Gutgläubigen zu Eigentum überträgt, und nachträglich mit dem ebenfalls in seinem Besitze befindlichen Lagerschein ein Pfandrecht bestellt. In diesen beiden Fällen wirkt der Besitz der Ware auch formell als sachenrechtliches Legitimationsmittel, da hier der Schein im Augenblicke des Eigentumserwerbes durch den Gutgläubigen ebenso seine dingliche Wirkung verloren hat, wie er sie dann verliert, wenn die Ware gegen Behändigung des Scheines vom Lagerhalter zurückgegeben wird. Beide Fälle sind kaum praktisch[1]).

Zu teilweise abweichenden Ergebnissen allerdings müssen die beiden relativen Theorien kommen. So können sie eine Pfandbestellung mittels Lagerscheines nur so lange annehmen, als der Verpfänder den mittelbaren Besitz hat, da sie ja die Pfandrechtsbestellung auf die allgemeinen Grundsätze zurückführen und danach eine Verpfändung nur dann möglich ist, wenn der Verpfänder wenigstens mittelbaren Besitz hat (cfr. oben S. 11). Auch der Verpfändungsvorgang baut sich auf anderen Grundlagen auf. Zwar vollzieht er sich auch nach der Repräsentationstheorie nach § 1205, 1 BGB. aber nur auf Grund der Annahme, dass bei einem Pfandrechtserwerb statt des vorhandenen mittelbaren unmittelbarer Besitz zu fingieren sei. Die streng relative Theorie endlich lässt auf Grund des übertragenen mittelbaren Besitzes das Pfandrecht nach § 1205, 2 entstehen und verlangt daher ausser der Übergabe des indossierten Scheines noch die Verpfändungsanzeige an den Lagerhalter. Während nach der Repräsentationstheorie infolge der Besitzfiktion der Lagerhalter bei ihm lagernde Güter ebenso wie nach der absoluten Theorie durch Scheinübergabe an den Adressaten verpfänden kann, ist nach der streng relativen Theorie eine derartige Verpfändung unmöglich, da sie ihr als eine nach den allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossene Verpfändung durch constitutum possessorium erscheint[2]). Die streng relative Theorie macht demnach zwischen der Verpfändung mittels dinglich wirkenden Lagerscheines und der unter Mitwirkung eines nicht dinglich wirkenden keinen Unterschied, entzieht also dem § 424 HGB. jede Bedeutung, ein praktisch ganz unerträgliches Resultat[3]).

---

[1]) Heymann S. 215, Schubert S. 50.
[2]) Makower zu § 424, 65 β und γ.
[3]) Heymann S. 173, K. Lehmann zu § 424 Nr. 11.

II.

Grundsätzlich kann nur der Eigentümer eine Sache wirksam verpfänden[1]) (§ 1205). Stimmt er jedoch der Verpfändung seiner Sache durch einen Dritten zu, oder genehmigt er sie nachträglich, so ist auch dieses Pfandrecht giltig (§ 185 BGB.). Doch sogar derjenige, welcher eine fremde Sache ohne oder gegen den Willen ihres Eigentümers zum Pfande erhält, wird vollberechtigter Pfandgläubiger, wenn er nur beim Erwerbe im guten Glauben ist. Die allgemeinen Normen für diesen Erwerb vom Nichteigentümer oder, wie es richtiger heissen würde, vom Nichtberechtigten gibt das Gesetz in den §§ 1207, 1208 beziehungsweise 932–936 BGB. Dazu treten noch handelsrechtliche Besonderheiten in den §§ 366, 367 HGB., die gerade hier von Bedeutung sind, da sowohl beim gewöhnlichen Warenlombard als auch bei der Verpfändung mittels Lagerscheines immer ein einseitiges, meist sogar ein zweiseitiges Handelsgeschäft vorliegen wird, und die erwähnten allgemeinen Bestimmungen für beide Fälle der Pfandbestellung Geltung haben. Demnach tritt dieser Erwerb ein, wenn ein formell richtiges Pfandrecht von einem Nichtberechtigten bestellt wird. Nichtberechtigt aber ist einmal derjenige, der überhaupt kein Recht an der Sache hat, kraft dessen er an ihr ein Pfandrecht bestellen könnte, also jeder Nichteigentümer, soweit ihm nicht § 185 BGB. zur Seite steht. Dann aber kann sogar der Pfandrechtserwerb von einem Eigentümer zuweilen ein solcher von einem Nichtberechtigten, der Eigentümer ein Nichtberechtigter sein, wenn er nämlich diese Verfügung über die Sache zu treffen nicht befugt war. Man denke z. B. an den Fall eines gesetzlichen Veräusserungsverbotes[2]) – doch nur eines solchen zu Gunsten bestimmter Personen – oder an das Vorliegen eines bedingten oder befristeten Rechtsüberganges BGB. § 135, 136, 161, 163. Auch dann steht endlich der an und für sich verfügungsberechtigte Eigentümer dem Nichtberechtigten gleich, wenn er eine Sache als unbelastet verpfändet, obwohl früher bestellte Rechte Dritter dem Pfandrechte gegenüberstehen. In allen diesen Fällen erlangt der Erwerber dann ein vollwirksames Pfandrecht, das auch früher bestellten Rechten eines Dritten vorgeht, wenn es im guten

[1]) Staub zu § 368 Anm. 19 ff., zu § 366 Anm. 5 ff., Staudinger-Kober zu § 932 ff., 1207, Planck zu § 932 ff., § 1207, Callmann S. 13–51, Schmidt S. 20–21, Dernburg § 102 ff., Endemann.

[2]) § 135 BGB.

Glauben war. Dabei steht der gute Glaube seines gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters seinem eigenen gleich. Als guter Glaube aber gilt hier, wie sich aus der negativen Definition des § 932, 2 BGB. ergibt, die nicht grob fahrlässige[1]) im Augenblicke der Verpfändung vorhandene Unkenntnis der dem Rechtserwerbe in der Person des unmittelbaren Vormannes[2]) entgegenstehenden Mängel. Hinsichtlich seines Umfanges aber besteht ein Unterschied zwischen BGB. und HGB. Während dort der gutgläubige Erwerber den Verpfänder für den Eigentümer beziehungsweise den verfügungsberechtigten Eigentümer oder die Pfandsache für unbelastet gehalten haben muss[3]), so genügt es nach dem HGB. § 366, falls die Verpfändung durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgte, dass er ihn für berechtigt hielt, für den Eigentümer über die Sache, sei es im eigenen, sei es in fremdem Namen, zu verfügen beziehungsweise ohne Vorbehalt früherer Rechte die Sache zu veräussern oder zu verpfänden. Hier kann er also wissen, dass der Verpfänder nicht Eigentümer ist, ohne dadurch bösgläubig zu werden[4]).

Auf diesem gleichen Fundamente sich aufbauend zeigt doch der Pfandrechtserwerb im guten Glauben beim gewöhnlichen Lombard und bei der Verpfändung mittels Lagerscheines zahlreiche Verschiedenheiten.

Hält beim gewöhnlichen Lombard der Bankier den Darlehnsnehmer für berechtigt, die Sache zu verpfänden — denn die Verpfändung von Waren des Grosshandels wird von den seltenen Ausnahmen, dass ein Landwirt seine Ernte verpfändet, abgesehen immer im Betriebe eines Handelsgewerbes erfolgen — hat er also den guten Glauben in dem oben geschilderten Umfange, so erwirbt er ein wirksames Pfandrecht von diesem Nichtberechtigten. Doch zeigen sich hierbei je nach der Art und Weise der Pfandbestellung einige Besonderheiten. Während bei einer Verpfändung durch Einräumung des unmittelbaren Sach-

[1]) Was unter grober Fahrlässigkeit zu verstehen ist, muss, da das Gesetz den Begriff nicht definiert, aus dem jeweiligen Tatbestand von Fall zu Fall bestimmt werden. So das RG. Bd. 13 S. 9, 21 S. 162 und zahlreiche andere Entscheidungen.

[2]) Unerheblich ist es, wenn der Erwerber wusste, dass ein früherer Vormann als Nichtberechtigter verfügt hat. Es genügt, dass er von seinem Vormann annimmt, er habe gutgläubig erworben.

[3]) Windscheid-Kipp 6 Anm. 1793.

[4]) Staub Anm. 18 zu § 66, a. A. Cosack § 28 I, 26 β.

besitzes der Rechtserwerb immer mit der Sachübergabe[1]), beziehungsweise in dem oben erwähnten Fall mit der Übergabe des Schlüssels eintritt, erwirbt der Lombardeur[2]), falls ihm das Recht an Gütern bestellt wird, die sich schon in seinem Besitze befinden, ein Pfandrecht überhaupt nur dann, wenn er den Besitz vom Verpfänder erlangt hat.

Da nämlich beim Fahrniserwerbe der Besitz die Legitimation zum Rechte gibt, er die objektive Grundlage für den Schutz des guten Glaubens bildet[3]), so darf der Dritte sich nur darauf verlassen, dass der Besitzer der Berechtigte sei. Bei einer Verpfändung durch traditio brevi manu ist die Grundlage des Schutzes des guten Glaubens nur gegeben, wenn der Lombardeur den Besitz der Pfandsache vom Verpfänder erlangt hat, andernfalls fehlt jeder Tatbestand, auf den der gute Glaube sich stützen könnte, sodass selbst dann, wenn er vorhanden sein sollte, ein Pfandrecht nicht entsteht.

Bei einer Verpfändung nach § 1205 II erwirbt der Gutgläubige das Pfandrecht analog § 934 HGB., wonach er mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Besitzmittler Eigentum erwirbt. Wie der Vergleich von § 931 und 1205 II ergibt, entspricht der Abtretung des Herausgabeanspruchs beim Eigentumserwerbe beim Pfandrechtserwerbe die Übertragung des mittelbaren Besitzes verbunden mit der Verpfändungsanzeige an den Besitzmittler.

Ist ein nicht dinglich wirkender Lagerschein ausgestellt, so erfolgt die Übertragung des mittelbaren Besitzes durch die Scheinübergabe (cfr. oben S. 21). Das Pfandrecht entsteht aber auch hier erst dann, wenn dazu noch die Verpfändungsanzeige an den Lagerhalter kommt.

Hat endlich der Nichtberechtigte das Gut in der Weise lombardiert, dass er dem Bankier den unmittelbaren oder mittelbaren Mitbesitz in dem S. 21 erörterten Umfange einräumte, so soll nach Ansicht einiger Schriftsteller[4]) ein Erwerb des Pfandrechts im guten Glauben entsprechend der Unmöglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbes beim constitutum possessorium (933) ausgeschlossen sein. Dieser Analogieschluss ist unrichtig, da das Gesetz für ihn nicht den geringsten Anhalt gibt. Wortlaut und Stellung des § 1207 lassen vielmehr deutlich erkennen, dass gut-

[1]) § 1207 beziehungsweise 932 BGB.
[2]) § 932, 1 S. 2.
[3]) cfr. S. 23 ff. und die dort zitierten.
[4]) So Schmidt S. 19.

gläubiger Pfandrechtserwerb bei sämtlichen Arten der Pfandbestellung, auch einer solchen nach § 1206 zulässig sein soll. Zudem entsprechen sich die Übereignung durch Besitzkonstitut und die Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes in ihrer rechtlichen Natur durchaus nicht, da zu letzterer nicht jeder sondern nur ein sogenannter „gebundener Mitbesitz" genügt, bei dem eine Verfügung des Verpfänders ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers unmöglich ist[1]). Während also im ersten Falle der Übereigner die ausschliessliche Verfügungsgewalt nach wie vor behält, verliert diese hier der Verpfänder. Nur hier liegt demnach ein tatsächlicher, offensichtlicher Besitzwechsel vor[2]). Einen solchen aber verlangt das für den gutgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten durchgeführte Traditionsprinzip, das übrigens ganz allgemein für jeden Pfandrechtserwerb gilt. Deshalb erwirbt bei einer Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes der Gutgläubige sofort das Pfandrecht[3]), bei einer Übereignung durch Besitzkonstitut das Eigentum aber erst, wenn er den unmittelbaren Sachbesitz erhält.

Wie wir gesehen, erwirbt der Gutgläubige bei jeder Art der Pfandbestellung[4]), auch wenn der Verpfänder zu einer Pfandbestellung nicht berechtigt war, also streng genommen die Bestellung unwirksam sein müsste, ein giltiges Pfandrecht, ohne das natürlich deswegen das wahre Eigentum erlischt. Wird ihm aber nur eine mit früher bestellten Rechten Dritter belastete Sache verpfändet, so erwirbt er immer ein Pfandrecht, doch müsste dieses dem früher bestellten Rechte nach dem Grundsatze prior tempore potior iure nachfolgen. Kennt er nun aber die Belastung des Gutes ohne grobe Fahrlässigkeit nicht, so tritt es sogar vor diese Rechte (§ 1208). Der gute Glaube bewirkt hier eine Rangänderung. Nur wenn das früher bestellte Recht bei einer Verpfändung nach § 1205, II dem Besitzmittler zusteht, so ist dessen Prioritätsstellung auch durch guten Glauben nicht zu erschüttern. In pari causa melior est conditio possidentis[5]). Doch auch dann nützt der gute Glauben beim Erwerbe eines Pfandrechts nichts,

[1]) Gierke DPR. II 975.
[2]) Gierke DPR. II 567, 973, a. A. Wellspacher S. 7 f., der leugnet, dass das Recht offensichtlichen Besitzwechsels beim Gutgläubigen Rechtserwerbe verlangt.
[3]) Staub § 368 Anm. 10, Kober zu 1907.
[4]) Staub § 368 Anm. 20, Staudinger zu § 1207.
[5]) Staub § 366 Anm. 44, Staudinger zu § 934.

wenn das Pfandobjekt eine gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache ist[1]). Mag sie dem letzten oder einem früheren Vormanne abhanden gekommen sein, nie wird dieser beständige, objektive Mangel geheilt. Die Sache ist, wie Cosack (BGB. II 198 IV 2a) sagt, gleichsam mit einem Banne belegt und bleibt unter dem Banne auch in der Hand aller späteren Besitzer. An abhanden gekommenen Waren erwirbt daher der Lombardeur auch bei gutem Glauben kein giltiges Pfandrecht, ebensowenig erlangt ein vom Wareneigentümer an einer angeblich unbelasteten Sache bestelltes Pfandrecht eine Vorzugsstellung gegenüber dem früher bestellten Rechte eines Dritten, wenn dieser den ihm auf Grund seines Rechtes zustehenden Besitz der Sache ohne seinen rechtserheblichen Willen verloren hat; denn dann gilt die Sache ihm gegenüber als abhanden gekommen. Unter Abhandenkommen versteht man nämlich einen Besitzverlust, sei es des Eigentümers, sei es eines sonstigen Besitzers, der nicht auf dessen eigener Entschliessung beruht. Dies ist der Fall, wenn der Veräusserungswille tatsächlich (bei Diebstahl, Verlust usw.) oder wenn er rechtlich (bei Verfügungsunfähigkeit) nicht vorhanden war. Veruntreut der Besitzdiener eine Sache, oder wird sie ihm oder dem Besitzmittler ohne ihren Willen entzogen, so kommt sie dem Eigentümer abhanden. Untreue des Besitzmittlers dagegen bildet den Hauptanwendungsfall des Grundsatzes „Hand wahre Hand" und damit des gutgläubigen Rechtserwerbes vom Nichtberechtigten (§ 932 ff.)[2]).

Auch bei der durch einen Nichtberechtigten erfolgenden Verpfändung mittels Lagerscheines[3]) entsteht, wofern nur der Akt der Verpfändung der oben behandelten Form entspricht, für den gutgläubigen Erwerber das Recht am Scheine und mit ihm das Recht am Gute. Dabei ergeben sich wichtige Abweichungen vom gewöhnlichen Lombard, charakteristische Besonderheiten sowohl hinsichtlich des Umfanges des guten Glaubens als auch hinsichtlich des Erwerbes an abhanden gekommenem Gute. Dies beruht darauf, dass der Rechtserwerb am Gute – da ja der Grundsatz, dass Über-

[1]) Geld, Inhaberpapiere und in öffentlicher Versteigerung erworbene Sachen bilden jedoch hiervon eine Ausnahme, da an ihnen, auch wenn sie abhanden gekommen sind, ein Rechtserwerb bei gutem Glauben möglich ist, § 935 II BGB.

[2]) Planck zu § 935, Staub zu 9 § 366 Anm. 47 f., Staudinger-Kober zu § 935, Motive zu 348, Dernburg § 103.

[3]) Heymann S. 175, Alexander S. 85 ff., Staub § 368 Anm. 28 ff.

gabe des Papieres der Übergabe des Gutes gleichstehe, lediglich besagt, dass, wer ein Recht am Papier erlangt, dasselbe Recht auch am Gute erwirbt – sich nach den Regeln des Rechtserwerbes am Papiere vollzieht. An einem Orderpapier erfolgt der Erwerb des Pfandrechts im guten Glauben nun nicht nach den allgemeinen Regeln, §§ 1207, 1208 BGO., 366 HGB., sondern nach § 368 HGB., der auf Artikel 74 WO. verweist, wonach der Schutz des guten Glaubens bedeutend erweitert wird.

Wie wir gesehen, erfolgt die Verpfändung mittels Lagerscheines entweder durch Übergabe des Scheines an den Adressaten oder durch Indossament und Übergabe des indossierten Papiers an den Indossatar. Ersteres sowohl dann, wenn der Lagerhalter bei ihm lagernde Güter verpfändet – ein Fall, der beim gewöhnlichen Lombard etwas Analoges nicht hat – als auch in dem Falle, dass der Einlagerer das Gut mittels eines auf einen Dritten ausgestellten Scheines an diesen Dritten verpfändet, letzteres, wenn der Adressat oder ein Indossatar das Gut in Lombard geben[1]).

Da Artikel 74 nur von dem Erwerbe durch Indossament spricht, wird die Ansicht vertreten, dass diese Bestimmung auf den gutgläubigen Erwerb des Adressaten keine Anwendung finde. Hier habe die Übergabe des Scheines als körperliche Übergabe des Gutes zu gelten; der gutgläubige Erwerber des Scheines werde also ebenso geschützt, wie wenn er das Gut erhalten habe, womit gesagt sei, dass die Regeln des Pfandrechtserwerbes an beweglichen Sachen § 1207, 1208, 366 HGB. nicht § 74 WO. Anwendung zu finden hätten[2]).

M. E. entsteht hier zwar das Pfandrecht auf Grund § 1207 beziehungsweise 1205 I, 932 mit der Scheinübergabe. Bezüglich des Umfanges des zu schützenden guten Glaubens, d. h. der Frage, welche Mängel er zu heilen im Stande ist, findet aber auch hier Artikel 74 WO. und nicht die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Zwar spricht Artikel 74 WO. nur von dem gutgläubigen Erwerbe des durch eine zusammenhängende, bis auf ihn reichende Kette von Indossamenten legitimiertenWechselbesitzers, doch ist daraus nicht zu entnehmen, dass es für den Remittenten, dem beim Lagerscheine der Adressat entspricht, keinen Erwerb im guten Glauben gebe. Es ist vielmehr selbstver-

[1]) Staub 368 Anm. 28, Staudinger-Kober zu § 120 f.
[2]) Staub a. a. O.

ständlich, dass, wenn schon der im Wechsel nicht genannte gutgläubige Indossatar im Besitze des Wechsels durch Artikel 74 WO. geschützt wird, dies umsomehr von dem gutgläubigen Remittenten zu gelten hat, ebenso wie es selbstverständlich ist, dass der Remittent, obwohl er in Artikel 36 WO. nicht erwähnt ist, doch formell aus dem Scheine legitimiert ist. Dies ergibt auch die Bedeutung des Artikels 74 im Wechselrecht, der die Fälle aufführt, in denen die durch die formelle Legitimation geschaffene Präsumtion des materiellen Rechts vom Scheinverpflichteten widerlegt werden kann[1]). Stände Artikel 74 nicht in der Wechselordnung, so wäre diese Präsumtion nicht widerlegbar, und jeder aus Artikel 36 WO. formell legitimierte Indossatar könnte Zahlung verlangen, wäre Wechselgläubiger. Dass dann der Wechsel einem gutgläubigen Erwerber nicht entzogen werden könnte, ist zweifellos, man könnte höchstens Bedenken haben, ob man ihn nicht einem bösgläubigen belassen müsste. Diesen Zweifel soll Artikel 74 heben. Wenn nun Artikel 74 auf den Remittenten keine Anwendung fände, so bliebe es hier nur zweifelhaft, ob nicht der bösgläubige, formell legitimierte Remittent im Besitze des Scheines bleiben müsste[2]). Daraus ergibt sich, dass auf den gutgläubigen Erwerb durch den Remittenten dieselben Normen Anwendung finden müssen wie auf den des Indossatars, also Artikel 74 WO. auch hier Geltung haben muss[3]).

Artikel 74 bestimmt demnach, dass der Remittent (Adressat) beziehungsweise der durch eine zusammenhängende bis auf ihn reichende Kette von Indossamenten[4]) legitimierte Besitzer eines Wechsels (Lagerscheines) nur dann zu dessen Herausgabe angehalten werden kann, wenn er den Wechsel im bösem Glauben erworben hat

---

[1]) Grünhut II 111.

[2]) Grünhut I 271, Canstein WR. S. 214, W. 15, ROHG. 16, 365, 23, 357, a. A. Staub WO. 36 Anm. 23, 24, 25, wonach der Wechselschuldner zwar nicht verpflichtet aber doch berechtigt ist, die materielle Legitimation des formell legitimierten Wechselbesitzers zu prüfen, und Artikel 74 nur die ihm wegen Fehlens der materiellen Legitimation zustehenden Einreden beschränken soll.

[3]) So ausser Grünhut und Canstein a. a. O. Rehbein zu Artikel 74, 1.

[4]) Kontinuität der Indossamente liegt dann vor, wenn das erste Indossament vom Remittenten, jedes folgende mit dem Namen des Indossatars des vorhergehenden Indossamentes unterzeichnet ist. Selbst falsche Indossamente halten die Kontinuität für den Gutgläubigen aufrecht, durchstrichene gelten als nicht geschrieben. Im einzelnen cfr. Grünhut § 85, Staub zu Artikel 36, Rehbein zu 36.

oder ihm beim Erwerbe grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel[1]), also dann, wenn er wusste oder wissen musste, dass sein unmittelbarer Vormann kein Recht zur Begebung hatte oder dass er verfügungsunfähig oder das letzte Indossament falsch war[2]).

Auch der Pfandgläubiger, mag er nun Adressat oder Indossatar eines offenen oder verkappten Pfandindossamentes sein, ist formell legitimiert. Auch ihm kann daher das Papier, wenn er es gutgläubig erhalten hat, von dem wahren Berechtigten nicht vindiziert werden. Da er mithin dann ohne Rücksicht darauf, ob das materielle Recht nach Sachlage auf ihn übergehen konnte, im Besitz des Scheines geschützt wird, zieht die formelle Legitimation die unwiderlegliche Vermutung des materiellen Rechts nach sich, und ist daher hier der gute Glauben im Stande, nicht nur wie sonst Mängel im Rechte des Vormannes sondern alle Mängel der Rechtsbegebung zu heilen.

Allerdings hat Artikel 74 WO. eine verschiedene Auslegung gefunden. Nach Düringer-Hachenburg bezieht er sich nur auf die dem letzten Giro vorangehenden Indossamente[3]). Nur bezüglich dieser genüge die formelle Tatsache der zusammenhängenden Girokette, um die bei früheren Begebungen vorhandenen Mängel zu heilen. Das letzte Indossament müsse dagegen formell und materiell richtig sein. Nur Mängel im Rechte des Vormannes heile hier der gute Glauben, nie aber solche der Rechtsbegebung, nie den Mangel der Verfügungsfähigkeit. Nach dieser Auslegung hätte allerdings der gute Glaube auch bei der Verpfändung eines Orderpapieres durch Indossament keinen grösseren Umfang als sonst[4]). Dem widerspricht aber die ausdrückliche Bestimmung der Wechselordnung Artikel 82 und HGB. § 364, nach welchen der Papierschuldner dem gutgläubigen Indossatar die Mängel des letzten Giros nicht einwenden kann, was auch Düringer-Hachenburg selbst zugibt (II S. 454), und vor allem Artikel 36 WO., der nicht von einer bis auf den Indossanten, sondern von einer bis auf den Indossatar reichenden Kette von Indossamenten spricht, sodass Artikel 74 auch für das

---

[1]) Kenntnis, dass ein früherer Indossant unredlich oder ein früheres Indossament falsch war, ist unerheblich, wenn er nur bezüglich des letzten Indossanten und Indossaments gutgläubig ist. Staub WO. 36, 26.

[2]) Grünhut § 85 S. 123, Rehbein 2 zu Artikel 74.

[3]) Zu § 365 Nr. II 3.

[4]) Staub WO. Artikel 74 § 3.

letzte Indossament gilt. Danach schliesst gutgläubiger Indossamentserwerb eines Papieres die Vindikation des Berechtigten aus, gleichviel auf welchem Mangel im Rechtserwerb sie gestützt wird. Das gilt wie für den Wechsel, so auch für jedes andere Orderpapier (§ 365 HGB.). Kann aber danach der Lagerschein dem gutgläubigen Besitzer nicht vindiziert werden, so hat dieser auch das ihm daran bestellte Pfandrecht, ebenso wie im Falle der Übereignung das Eigentum. Letzteres hat Jacobi für den Wechsel[1]) m. E. überzeugend nachgewiesen, indem er schliesst: Der Eigentümer eines Wechsels ist nach der WO. Wechselgläubiger. Um dieses Gläubigerrecht geltend zu machen, bedarf er des Wechsels. Ist dieser aber in die Hand eines nach Artikel 36 WO. legitimierten gutgläubigen Besitzers gekommen, so kann er ihn nach Artikel 74 nicht vindizieren. Zwecklos wäre es nun, den gutgläubigen Erwerber im Besitze des Papieres zu schützen, ohne ihm die Rechte aus dem Papiere zu geben. Man muss also annehmen, dass er die Wechselforderung geltend machen und die eventuell eingezogene Wechselsumme auch behalten kann, dass er also, was auch Artikel 36 WO. bestätigt[2]), Wechselgläubiger geworden ist. Ist er aber Wechselgläubiger, so ist er auch Eigentümer des Papieres[3]).

Da das auch für den Lagerschein gilt, so erhält der gutgläubige Lombardeur eines auf ihn indossierten Scheines ein Pfandrecht an der im Scheine verbrieften Forderung und damit den Herausgabeanspruch auf das Gut. Die für den Erwerb des Forderungsrechtes geltenden Sätze gelten aber auch, weil der Scheinbesitz die Legitimation für das Recht am Gut enthält, für den Erwerb von dinglichen

[1]) Wertpapiere S. 41.

[2]) Staub WO Artikel 74 § 8, Cosack § 47 S. 274, Brunner bei Endemann II 165.

[3]) a. A. Grünhut Bd. I S. 290.

Nach ihm ist der Inhaber eines Wechsels zwar Wechselgläubiger aber nicht immer Eigentümer desselben. Der Wechselgläubiger habe zwar das Recht aus dem Papier, das Eigentum an dem Papier als Stoff, die nuda proprietas, könne aber einem andern zustehen, nur von ihm, solange die Wechselforderung bestehe, nicht geltend gemacht werden. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass ein Eigentum, das man rechtlich nicht verwirklichen kann, kein Eigentum mehr ist, und, dass das Eigentum an dem Blatt Papier, dem wertlosen Stoffe, (dass jemand auf ein berühmtes Gemälde einen Wechsel schreiben sollte, ist nicht in den Bereich des Möglichen zu ziehen), mit der Ausstellung des Wechsels, die eine Spezifikation darstellt, untergeht und ein neues Eigentum, das Wechseleigentum, das mit der Wechselgläubigerschaft verbunden ist, entsteht.

Rechten am Lagergute. Daher erwirbt der Gutgläubige bei der Verpfändung mittels Lagerscheines sein Pfandrecht auf Grund von Artikel 74 WO. Daraus folgt, dass bei der Verpfändung mittels Lagerscheines der gute Glaube nicht nur wie beim Lombard, Mängel im Rechte des Vormanns, sondern sogar Mängel der materiellen Rechtsbegebung[1]) heilt, und so auch Eigentums- und Pfandrechtserwerb an abhanden gekommenen Sachen jeder Art, der beim gewöhnlichen Lombard immer ausgeschlossen ist, ermöglicht. Der gutgläubige Adressat oder Indossatar erwirbt also bei der Verpfändung mittels Lagerscheins das Pfandrecht, wenn er den Verpfänder für den Eigentümer oder für berechtigt hielt, im eigenen Namen oder als Vertreter (Bevollmächtigter) des Eigentümers zu verfügen, und zwar im Gegensatz zum gewöhnlichen Lombard, wo 366 HGB. Anwendung findet, ohne Rücksicht darauf, ob der Verpfänder Kaufmann ist oder nicht. Und zwar vollzieht sich der Erwerb dieses Pfandrechts nach der absoluten und Repräsentationstheorie in analoger Anwendung des § 932 BGB. mit der Übergabe des Papieres beziehungsweise des indossierten Papieres, in diesem Moment muss der gute Glaube vorhanden sein. Späterer böser Glaube schadet nichts[2]). Die streng relative Theorie dagegen führt den Erwerb auf § 934 zurück[3]).

Auch mittels eines seinem rechtmässigen Besitzer gestohlenen[4]) oder sonst abhanden gekommenen Scheines ist ein wirksamer Pfandrechtserwerb am Gute möglich, wenn nur der gutgläubige Erwerber aus dem Scheine legitimiert ist, er also bei blankoindossiertem Papiere den Besitz hat, und bei einem solchen mit Rektaindossament die Kontinuität der Indossamente bis auf ihn herab durch eine ihm unbekannte Fälschung des Verpfänders oder eines seiner Vormänner gewahrt ist; denn auch verfälschte Indossamente haben Legitimationswirkung[5]). Anderer Meinung ist allerdings Cosack, der zwar ein Pfandrecht am Papiere nicht aber ein solches am Gute entstehen lassen will, und daher dem letzten rechtmässigen Scheininhaber, dem der Schein abhanden gekommen ist, die rei vindicatio gegen den Pfanderwerber gibt, sobald dieser auf Grund

---

[1]) Staub § 368 Anm. 20 und 27, § 365 Anm. 9.
[2]) Heymann S. 175, Fischer S. 291.
[3]) Hellwig S. 514.
[4]) Stark S. 29.
[5]) Artikel 36 und Artikel 76 WO. ROHG. II S. 82, § 93 Nr. 33, ebenso Hellwig S. 514.

des Lagerscheines den Besitz des Lagergutes erhalten hat. Eine derartige Konstruktion würde den Grundsätzen über die dingliche Wirkung des Lagerscheines jede materielle Bedeutung entziehen[1]). Sie geht aber auch von der unrichtigen Ansicht aus, dass das Abhandenkommen des Scheines auch ein Abhandenkommen der Ware sei; denn nur dann könnte man § 935 BGB. anwenden, auf dem diese Konstruktion beruht. Nun hat nur die Übergabe nicht aber Okkupation oder Diebstahl des Scheines dingliche Wirkung[2]). Wird also ein dinglicher Lagerschein gestohlen, so wird damit noch lange nicht die Ware gestohlen. Erwirbt man aber ein Pfandrecht am gestohlenen Scheine, so erwirbt man es auch am nicht gestohlenen Gute[3]).

Doch hat § 935 BGB., wie schon oben angedeutet, für den Erwerb mittels Lagerscheines überhaupt keine Bedeutung[4]). Dieses ist wohl die wichtigste Abweichung dieser Art der Verpfändung vom gewöhnlichen Warenlombard. Wird dem Eigentümer gestohlene Ware vom Diebe selbst oder von einem seiner gut- oder schlechtgläubigen Nachfolger eingelagert, und dem Einlagerer ein auf seinen Namen lautender Lagerschein ausgehändigt[5]), und wird dann von dem Einlagerer mittels dieses Lagerscheines durch seine indossierte Übergabe einem gutgläubigen Dritten ein Pfandrecht an der Ware bestellt, so erwirbt der Dritte an Schein und Ware ein gültiges Pfandrecht[6]). Hinsichtlich des Pfandrechts am

---

[1]) Hellwig § 514.

[2]) Heymann S. 23 ff.

[3]) Heymann S. 231.

[4]) Heymann S. 230 ff., Alexander S. 86, Staub § 365 Nr. 9 und 368 Nr. 21 und 25.

[5]) Ganz ähnlich liegt übrigens der Fall, wenn ein eventuell vom Eigentümer beauftragter Einlagerer sich einen auf seinen Namen lautenden Lagerschein ausstellen lässt, sich also als Eigentümer geriert. Dadurch entzieht er, da nach Ausstellung eines Lagerscheines, wie noch darzulegen sein wird, nur der Scheininhaber gültig verfügen kann, dem wirklichen Eigentümer jede Verfügungsmöglichkeit bezüglich des Gutes, so dass zwischen diesem und einem wirklich abhanden gekommenen kein Unterschied besteht.

[6]) Dasselbe gilt übrigens auch, wenn der Lagerhalter ein gestohlenes Gut mittels Scheines an den Adressaten verpfändet, und in dem zweiten, oben erwähnten Falle einer Verpfändung an den Adressaten.

Scheine ist dies zweifellos, da ja bezüglich seiner ein Erwerb vom Nichteigentümer gar nicht vorliegt. Ist doch der Adressat Eigentümer des Papieres! Obwohl also der Adressat mit der Aushändigung des Papieres Eigentümer desselben geworden ist, ist er damit doch nicht auch Eigentümer der Ware geworden. Denn der Satz, dass das Recht am Gut dem Recht am Papier folge, auf den man sich hier berufen könnte, gilt nur für einen derivativen Rechtserwerb. Ein solcher liegt aber hier nicht vor, da der Lagerhalter nicht die Absicht hat, durch die Papierbegebung ein Recht zu übertragen, also die Einigung fehlt. Die Ware ist vielmehr eine abhanden gekommene Sache[1]), könnte also, wenn § 935 seine Gültigkeit hätte, niemals mittels Lagerscheines wirksam verpfändet werden. Dann erlangte also der Erwerber am Scheine und an dem im Scheine verbrieften Forderungsrechte ein Pfandrecht, nicht aber erlangte er das ebenfalls im Scheine verbriefte Pfandrecht an der Ware. Es entstände also eine Inkongruenz zwischen dem Rechte am Scheine und dem Rechte am Gute. Das nehmen denn auch die relativen Theorien und zwar konsequenter Weise an[2]), da sie ja den Erwerb mittels Lagerscheines auf die Normen des BGB. zurückführen. Auch Anhänger der absoluten Theorie tragen[3]), obwohl sie diese Wirkung als der Theorie entsprechend anerkennen, Bedenken, eine so weitgehende Abweichung von den allgemeinen Regeln anzunehmen. So sehr sie auch diese Inkongruenz zwischen dem Rechte am Papiere und dem Rechte am Gute als nachteilig für den Zweck der Traditionspapiere „dem merkantilen Güterumlauf zu dienen" erkennen, und so sehr sie auch de lege ferenda eine Regelung nach dieser Hinsicht für wünschenswert halten, so scheint ihnen doch auf Grund des geltenden Rechtes der Erwerb an abhanden gekommenem Gut unmöglich[4]). „Zumal es sich nicht verkennen lasse, dass unser heutiges Recht den Gegensatz zwischen freiwillig fortgegebenem und abhanden gekommenem Gute . . . schroff, vielleicht allzuschroff betone, auch § 424 HGB. diese Aus-

---

[1]) Alexander S. 78.

[2]) Hellwig S. 514, Lehmann-Ring zu § 365, Cosack S. 430, Boys S. 330, Schaps zu § 647 Nr. 3.

[3]) Heymann a. a. O. S. 233 ff., Stark a. a. O. S. 28, Kempner S. 33, 35, Fischer S. 291, obwohl er Artikel 74 für anwendbar hält.

[4]) Heymann a. a. O.

dehnung nicht stützen könne“[1]). Doch entspricht diese Ausdehnung des Rechtserwerbes auch auf abhanden gekommene Ware einem unabweislichen Bedürfnisse des heutigen Handelsverkehrs. Erst dann kann der Lagerschein seinen Zweck voll erfüllen, wenn völliger Parallelismus zwischen dem Rechte am Scheine und dem am Gute besteht. Zudem widerspricht diese Ausdehnung keineswegs so sehr unserem geltenden Rechte. Wenn dieses auch auf dem Prinzipe steht, dass an abhanden gekommenen Sachen ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich sei, so hat es doch dieses Prinzip zu Gunsten der in öffentlicher Versteigerung erworbenen Sachen verlassen, weil hier die Prüfung niemandem zugemutet werden kann. Da es nun auch bei Waren, die mittels Lagerscheins in den grossen Verkehr auf den grossen Markt gekommen sind, ebenfalls niemandem zugemutet werden kann, ihre Herkunft zu prüfen[2]), so entspricht hier die Durchbrechung des allgemeinen Prinzips der Tendenz des Gesetzes. Schon Goldschmidt (Handbuch S. 815 Nr. 13) trug dem Rechnung und versuchte eine Konstruktion, indem er allerdings nicht in Übereinstimmung mit seiner sonstigen Auffassung über die Traditionspapiere den Erwerb mittels Orderkonnossements in allen seinen Beziehungen nicht Artikel 306, sondern 305 (heut 365) altes HGB. unterstellen wollte, wonach mittels Traditionspapieres ein Rechtserwerb auch am gestohlenen Gute möglich ist. Zu demselben Ergebnis kommt man bei konsequenter Anwendung der absoluten Theorie[3]) auf die durch § 424 HGB. statuierte dingliche Wirkung, da dies zur Anwendung von Artikel 74 WO. auf den Erwerb im guten Glauben führt. Dass § 424 lediglich die Papierübergabe als Ersatz der Warenübergabe bezeichnen, sonst aber allgemeine sachenrechtliche Grundsätze zur Anwendung bringen wolle, ist unrichtig. Ebensowenig können etwaige Einwendungen[4]), die aus den allgemeinen Normen des BGB. hergeleitet sind, durchgreifen, denn da es sich eben um eine von allen gewöhnlichen Arten verschiedene Art des dinglichen Rechtserwerbes handelt, so ist es ganz

[1]) Heymann S. 233.
[2]) Heymann S. 233.
[3]) So Staub zu § 365 Anm. 5 und 10, Adler S. 171, Strohal, Jahrbuch 38 S. 96, Randa S. 321, Alexander S. 94 ff. Inkonsequent ihrer sonstigen Auffassung nach Wimpfheimer S. 26, Lange S. 68, Haarmann S. 46.
[4]) So Düringer-Hachenburg II 365, 2, 3.

natürlich, dass für sie auch bezüglich des Erwerbes im guten Glauben Abweichungen gelten. Auch an gestohlenem oder sonst abhanden gekommenem Gute erwirbt also im Gegensatz zum sonstigen Lombard bei der Verpfändung mittels Lagerscheines der gutgläubige Lombardeur ein gültiges Pfandrecht. Als abhanden gekommen gilt aber auch eine Sache, über die ein Geschäftsunfähiger oder Geschäftsbeschränkter verfügt hat[1]). War also der Aussteller oder Indossant eines dinglich wirkenden Lagerscheines geschäftsbeschränkt, so ist sowohl der Schein, als auch das Gut als abhanden gekommen zu betrachten. Nach dem oben entwickelten erwirbt der legitimierte Erwerber des Scheines mit dem Recht am Schein auch hier das Recht am Gut, also auch eventuell ein Pfandrecht.

Wie endlich beim gewöhnlichen Lombard ein gutgläubig erworbenes Pfandrecht andern früher bestellten Rechten vorgeht, so natürlich auch bei der Verpfändung mittels Lagerscheines. Während aber dort das Recht des unmittelbaren Besitzers bei der Verpfändung nach § 1205, 2 nicht zurücktrat[2]), so muss hier auch das Recht des Lagerhalters, soweit es sich nicht aus dem Schein selbst ergibt, dem Pfandrecht weichen. Der Übergabe des Scheines, steht der Übergabe des Gutes gleich, der gutgläubige Erwerb vollzieht sich nach § 932, sodass § 936, I aber nicht III analoge Anwendung finden muss[3]).

Zu demselben Ergebnis muss man auch auf Grund der Beschränkung der gegen ein indossables Papier zulässigen Einreden des Schuldners (§ 364 HGB.) kommen[4]). Danach kann der Lagerhalter dem Scheinberechtigten nur solche Einwendungen entgegenhalten, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen (Fälschung der Unterschrift, Nichtempfang der Ware), solche, die sich aus der Urkunde selbst ergeben, ohne dass sie darin mit nackten Worten enthalten sein müssen (Mängel der Form, Vorbehalte) und solche, die ihm gegen den Berechtigten persönlich zustehen (das sind gegenüber dem ersten Nehmer alle Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft gegenüber späteren solche, bezüglich deren sie bösgläubig waren, oder die in ihrer Person entstanden

---

[1]) Motive z. BGB. III 348, Dernburg III 307, Staub S. 366 Anm. 46.
[2]) § 1207 beziehungsweise § 936, 4.
[3]) Staub § 365, 9, 10, Heymann S. 172, a. A. Makower S. 1392.
[4]) Fischer S. 288.

sind)[1]). Die Beschränkung gilt gegenüber sämtlichen Rechten, für die das Papier legitimiert, also auch gegenüber dem Pfandrechte. Daher kann dem aus dem Scheine berechtigten Pfandgläubiger gegenüber der Lagerhalter ihm zustehende, früher entstandene Rechte nur geltend machen, wenn sie sich aus dem Scheine ergeben oder dem Pfandgläubiger bekannt waren. – Kennen müssen steht hier dem Kennen nicht gleich[2]).

Bezüglich des aus § 421 HGB. folgenden gesetzlichen Pfandrechts für die Lagerkosten (Lagergeld, Frachtkosten, Auslagen) wird von den einen[3]) die Meinung vertreten, dass es ohne Vermerk im Scheine als bevorrechtet bestehen bleibe, nach Ansicht anderer[4]) soll es erlöschen. Ich möchte mich der Ansicht Staubs[5]) anschliessen, wonach das gesetzliche Pfandrecht in Höhe des Lagergeldes auch ohne Vermerk bestehen bleibt, bezüglich der übrigen Lagerkosten aber erlischt. Da nämlich nach § 420, 2 das Lagergeld postnumerando, bare Auslagen aber pränumerando zu zahlen sind, hat der Nehmer eines Lagerscheines nur mit der Bezahlung des Lagergeldes zu rechnen, daher kann man auch das Pfandrecht nur bezüglich dieses als sich aus dem Scheine ergebend bezeichnen. Während also bei der gewöhnlichen Lombardierung früher entstandene Rechte (Konventionalpfand, Pfändungspfand und Retentionsrecht) des Besitzmittlers bestehen bleiben, treten bei der Verpfändung mittels Lagerscheines bei gutem Glauben des Pfandgläubigers auch diese Rechte hinter das Pfandrecht zurück.

Zu demselben Ergebnis kommt auch die Repräsentationstheorie, da sie ja auch § 932 zur Anwendung bringt. Während die streng relative Theorie, die den Erwerb auf § 934 zurückführt, wodurch auch § 936 III in Kraft bleibt, sämtliche gesetzlichen und vertragsmässigen Rechte des Lagerhalters in ihrer Prioritätsstellung belässt. Diese Meinung raubt dem Papier die dingliche Wirkung, da ja der Lagerhalter sein dem Scheininhaber unbekanntes Recht nicht gegenüber dem obligatorischen Anspruch wohl aber gegenüber dem dinglichen geltend machen könnte, dieser also wertlos würde. Zudem kann hier der Scheininhaber

[1]) Staub zu § 364 WO. 82.
[2]) Staub § 364, 14.
[3]) Cosack S. 102, 25, Wimpfheimer S. 50, Schubert S. 46, Heymann S. 172, Fischer S. 288.
[4]) Staub in der 7. Auflage, Kempner S. 33, 34, Alexander S. 104.
[5]) Staub § 424 Anm. 3.

nie wissen, was an kollidierenden Rechten noch zum Vorscheine kommen wird[1]), was nicht dazu beitragen kann, das Vertrauen in den Lagerschein zu stärken.

III.

Wie beim Faustpfande überhaupt, so ist natürlich auch beim Lombard eine Mehrheit von Vertragspfandrechten (nur diese interessieren hier) begrifflich denkbar. Sowohl der erste Pfandbesteller als auch ein Dritter, der den Besitz der Pfandsache erlangt hat, kann noch ein zweites Pfandrecht an ihr bestellen trotz der Erschwerung, die in der Notwendigkeit eines erkennbaren Besitzwechsels liegt.

Hat nämlich der Eigentümer eine Ware durch Einräumung des unmittelbaren Besitzes verpfändet, so kann er an derselben Sache ein weiteres Pfandrecht in der Weise bestellen, dass er einem Dritten seinen Herausgabeanspruch gegen den ersten Pfandgläubiger abtritt und diesen von der Zweitverpfändung benachrichtigt (§ 1205, 2 BGB.). Hat er bei einem Lagerhalter lagernde Güter nach § 1205, 2 bei einem Bankier in Lombard gegeben, so kann er sie in derselben Weise noch von einem anderen beleihen lassen; auch eine mehrfache Verpfändung durch mehrfachen Mitverschluss oder mehrfache Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes, wobei ein Dritter als Pfandhalter der mehreren Pfandgläubiger fungiert, lässt sich denken. Ist endlich die Pfandsache in den Besitz des Verpfänders irgendwie ohne Wissen der Pfandgläubiger zurückgekehrt, so hat er sogar die Möglichkeit einer weiteren Verpfändung nach § 1205, 1 BGB. Das Verhältnis dieser mehreren Pfandrechte zu einander regelt der Grundsatz prior tempore potior iure, das früher bestellte Pfandrecht geht dem späteren vor. Bei gleichzeitiger Bestellung haftet die Pfandsache nach dem Verhältnis der Forderungen. Doch findet dieser Grundsatz Modifikationen, wenn der Zweiterwerber im guten Glauben war (cfr. oben Seite 32). Zwar kann ein nach § 1205, 1 bestelltes Recht auch dann nicht aus seiner Prioritätsstellung verdrängt werden, weil § 1207 beziehungsweise 936, 3 BGB. Platz greift, wonach das Recht des Besitzmittlers, denn ein solcher ist der erste Pfandgläubiger hier gegenüber dem zweiten, bestehen bleiben. Ist aber beiden Pfandgläubigern nur mittelbarer Pfandbesitz eingeräumt, so geht das Recht des gut-

[1]) Heymann S. 172.

gläubigen Zweiterwerbers dem des ersten vor. Im zuletzt erwähnten Falle kommt es darauf an, ob der Pfandhalter dem Verpfänder unrechtmässig das Pfandobjekt ausgehändigt hat, dann erwirbt der Gutgläubige ein dem früher bestellten vorgehendes Pfandrecht oder, ob die Sache durch einen Dritten oder den Verpfänder selbst dem Besitze des Lombardeurs entzogen worden ist. Da dann die Pfandsache dem ersten Pfandgläubiger abhanden gekommen ist, schliesst § 935 BGB. die Anwendung von § 936 BGB. aus, und erwirbt der zweite Pfandgläubiger trotz seines guten Glaubens kein dem ersten vorgehendes Pfandrecht.

In gleicher Weise kann natürlich auch ein Nichtberechtigter eine Sache mehrmals wirksam verpfänden. Eine Mehrheit von Pfandrechten kann aber auch so entstehen, dass einmal der Eigentümer und dann ein Dritter, praktisch dürfte das nur der Lagerhalter sein, in eigenem Namen das Gut als Pfand gibt. Erwirbt der zweite Pfandnehmer in gutem Glauben an das Recht oder die Verfügungsbefugnis des Verpfänders und die Lastenfreiheit der Pfandsache das Pfandrecht, so geht sein Recht dem vom Eigentümer bestellten vor[1]). Sollte aber die Ware als abhanden gekommen zu gelten haben, weil der Pfandgläubiger oder Pfandhalter ihren Besitz ohne ihren Willen verloren haben, so tritt § 935 BGB. auch hier in Kraft[2]). Bei einer mehrfachen Verpfändung von Gütern, von denen die eine mittels Lagerscheines erfolgt, macht es einen Unterschied, ob das ohne Schein bestellte Recht der Scheinausstellung vorausgeht oder nachfolgt.

Im ersten Falle gilt an sich ebenfalls der Grundsatz prior tempore ect. und seine durch gutgläubigen Erwerb bedingte Änderung. Nur muss hier selbst das nach § 1205 Absatz 1 Satz 2 BGB. bestellte Recht des Lagerhalters, das beim gewöhnlichen Lombard durch § 1208 beziehungsweise § 936, 3 in seinem Range gesichert ist, dem später mittels Lagerscheines bestellten, gutgläubig erworbenen Rechte weichen (cfr. Seite 43 f.)[3]). „Sollte der Lagerhalter berechtigt sein, dem legitimierten Scheininhaber gegenüber ein Pfandrecht geltend zu machen, von dessen Existenz und Umfang dieser keine Kenntnis hat, so wäre das Schicksal des Lagerscheins besiegelt".

---

[1]) § 936 BGB.

[2]) Nur das der Zollbehörde zustehende Pfandrecht geht jedem früher bestellten oder später erworbenem vor. Vereinszollgesetz § 14 – 100.

[3]) Simonson Z. 45 S. 568.

Unmöglich dagegen ist es m. E. nach Ausstellung des Lagerscheines, das Gut einmal nach den allgemeinen Regeln[1]) einmal mittels Lagerscheines zu verpfänden. Das ergibt sich aus der Natur des Scheines als eines Präsentationspapieres, das den Herausgabeanspruch gegen den Lagerhalter restlos enthält[2]). „Vom Zeitpunkte an, wo die Ware in die Hand des Lagerhalters gekommen, von ihm übernommen ist, ist eine rechtmässige Veräusserung oder Belastung durch blosse Besitztradition ausgeschlossen ... Nur wer das Papier hat, kann Rechte an der Ware übertragen und nur, wer es erhält, kann solche Rechte erwerben und verfolgen". Danach kann also der Eigentümer zu dem einen mittels Lagerscheines bestellten Pfandrecht niemals ein solches nach den gewöhnlichen Normen bestellen. Denn ohne Papier kann er keinen Herausgabeanspruch gegen den Lagerhalter abtreten. Auch kann niemand einen solchen und damit ein Pfandrecht von ihm erwerben. Zu dem könnte ja auch ein Dritter, der den Schein nicht erhalten hat, sein eventuelles Pfandrecht niemals geltend machen. Kann doch der Lagerhalter nur dem Scheininhaber pflichtgemäss das Gut ausliefern. Ein Pfandrecht aber, dem wie hier die Möglichkeit der Verwirklichung, das ius distrahendi fehlt – denn wenn man das Gut nicht erhalten kann, so kann man sich auch nicht aus ihm befriedigen – ist überhaupt kein Pfandrecht, da ihm ein wesentlicher Bestandteil mangelt. Die Unmöglichkeit einer Doppelverpfändung des Lagergutes einmal mit einmal ohne Schein, die beim gewöhnlichen Lombard kein Analogon hat, entspricht auch den Ansprüchen des Verkehrs an dem Lagerschein, da eine Doppelverpfändung die Rechtssicherheit stark gefährden würde. Nur in zwei Fällen, wie schon mehrfach erwähnt, findet sich hiervon eine Ausnahme.

Das Pfandrecht, das der Lagerhalter nach § 1205, 1 und das Pfandrecht, das der Eigentümer, der das Gut vom Lagerhalter rechtswidrig ausgeliefert erhalten hat, in derselben Weise einem gutgläubigen Dritten bestellt, geht dem Pfandrechte des Scheininhabers vor[3]). „In diesen Fällen wirkt der Besitz der Ware nicht bloss formell sondern auch materiell, nicht bloss relativ sondern auch absolut als sachenrechtliches Legitimationsmittel. Ein mehr-

[1]) Staub zu § 368, 11.
[2]) Heymann S. 214, Fischer 290, cfr. übrigens oben S. 25.
[3]) Heymann S. 215.

faches Pfandrecht am Gut, kann also, abgesehen von diesen beiden Fällen, nur durch eine mehrfache Verpfändung des Scheines bestellt werden, die möglich ist, da wie oben dargelegt, bei der Verpfändung eines Orderpapieres auch die Einräumung des mittelbaren Besitzes genügt.

IV. Kapitel.

I.

Die bisher behandelten Besonderheiten[1]) zwischen der Verpfändung mittels Lagerscheines und dem gewöhnlichen Warenlombard betrafen die Bestellung des Pfandrechtes. Doch auch bei seiner Verwertung und Änderung tritt der Lagerschein in Wirksamkeit und daher werden sich auch hier einige Abweichungen ergeben.

Das wichtigste Recht des Pfandgläubigers, das durch Parteivereinbarung weder beschränkt noch ausgeschlossen werden kann, da in ihm das Wesen des ganzen Institutes liegt, ist das Verkaufsrecht, das ius distrahendi. Es steht einem jeden Pfandgläubiger, auch einem nachstehenden, zu, und zu seiner Verwirklichung hat jeder das Recht, falls er sich nicht im Besitze der Pfandsache befindet, von jedem mit Ausnahme des ihm im Rechte vorgehenden ihre Herausgabe zu verlangen[2]), falls nur die Voraussetzungen des Pfandverkaufes gegeben sind; also die pfandgesicherte Forderung ganz oder teilweise fällig ist, was, wie schon gesagt, beim Lombard verabredungsgemäss eintritt, wenn bei angezeigter Wertminderung der Lombardnehmer nicht Nachschuss oder entsprechende Rückzahlung leistet[3]). Dann verlangt also beim gewöhnlichen Lombard der Lombardeur, der nicht im alleinigen unmittelbaren Pfandbesitze ist, die Aushändigung der unter seinem Mitverschluss (§ 1231) oder bei einem Besitzmittler (Lagerhalter) befindlichen Güter und zwar im letzten Falle auf Grund des nach § 1205 II abgetretenen Herausgabeanspruchs, der eventuell auch in einem nicht dinglich wirkenden Lagerschein verbrieft sein kann. Gegen diesen Anspruch aber hat der Lagerhalter wie bei jeder Zession alle Einreden, die ihm gegen die Person des Pfand-

[1]) Dernburg III S. 744 ff., Endemann II, Staub S. 196.
[2]) § 1232 BGB.
[3]) § 1228 BGB.

schuldners sowie gegen die des Herausgabe heischenden Pfandgläubigers zustehen. Hat der Pfandgläubiger den unmittelbaren Besitz erlangt, so erfolgt, wenn abweichende Verabredungen nicht getroffen sind, und auch keine Partei nach § 1246 BGB. solche begehrt, der Pfandverkauf nach § 1234 bis § 1240. Nach Androhung des Verkaufs unter Angabe der Pfandforderungen, sowie nach Ablauf einer monatlichen Wartefrist, die sich bei zweiseitigem Handelsgeschäft auf eine Woche verringert, werden dann die Güter in öffentlicher, also öffentlich durch einen Gerichtsvollzieher, sonstigen dazu befugten Beamten oder öffentlich bestellten Versteigerer verkauft. Obige Vorbedingungen des Verkaufs werden beim Lombardgeschäft meist usancemässig wegbedungen (cfr. § 20 RBG.). Sollte die Sache einen Markt- oder Börsenpreis haben, was ja bei Kaufmannsware der Fall ist, so kann sie der Bankier auch durch einen Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person freihändig zum Tageskurse verkaufen lassen. Das dürfte der gewöhnliche Gang der Befriedigung sein. Doch kann der Pfandgläubiger den Pfandschuldner auch auf Duldung des Pfandverkaufes oder, falls der Pfandschuldner und Forderungsschuldner wie beim Lombard identisch sind, auf Zahlung der Forderung verklagen. Dann erhält er als dritte Möglichkeit der Befriedigung aus dem Pfande die im Wege der Zwangsvollstreckung in den Pfandgegenstand (§ 814 ff. ZPO.).

Handelt es sich aber um ein mittels Lagerscheines begründetes Pfandrecht, so hat der Pfandgläubiger, da ja auch ein Orderlagerschein verpfändet ist, abweichend vom gewöhnlichen Lombard die Möglichkeit noch vor Fälligkeit der Forderung Auslieferung der Ware gegen Auslieferung des Scheines zu verlangen. Doch dürfte wohl kaum von dieser Vergünstigung Gebrauch gemacht werden, da eine Auslieferung des Gutes vor Fälligkeit der Pfandforderung, dem Lombardeur, der selbst nicht zu seiner Lagerung im Stande ist, nur Kosten machen würde. In der Regel wird daher der Lombardeur erst nach Fälligkeit seiner Darlehnsforderung nach § 1228, 2 unter Präsentation des Lagerscheines von dem Lagerhalter Auslieferung der Waren verlangen. Doch ist er hier insoweit besser als der Pfandgläubiger beim gewöhnlichen Lombard gestellt, als seinem Herausgabeanspruch gegenüber nach § 364 HGB.[3]) der Lagerhalter

[1]) cfr. oben Seite 42.

nur solche Einreden geltend machen kann, welche die Gültigkeit seiner Erklärung im Lagerscheine (Geschäftsunfähigkeit, Irrtum, Zwang) betreffen, welche sich aus dem Scheine selbst ergeben (Rasuren, Mängel der Form) und solche, die ihm gegen den Präsentanten selbst zustehen, niemals aber solche aus der Person der Vormänner des Präsentanten. Hat der Lombardeur auf diese Weise das Gut erhalten, so befriedigt er sich aus ihm nach den allgemeinen Regeln. Da der Lagerschein ein Orderpapier ist, so bietet sich ihm daneben, falls das Papier einen Börsenpreis hat, in dem freihändigen Verkauf[1]) ein weiterer Weg der Befriedigung. In diesem Falle fällt dann auch eine Androhung des Verkaufes und eine Wartefrist hinweg[2]).

II.

Endlich wären noch einige Besonderheiten hinsichtlich der Endigung des Pfandrechts zu erwähnen. Solche finden sich natürlich nicht, soweit das Pfandrecht durch Erlöschen der Forderung, dauernd seiner Geltendmachung entgegenstehende Einreden oder durch Untergang der Pfandsache endigt; soweit der Untergang infolge Verzichts eintritt, nur insoweit, als der Pfandgläubiger den Schein an den Verpfänder herauszugeben hat. Das Pfandrecht erlischt aber nach § 1253 auch dann, wenn der Gläubiger die Pfandsache dem Verpfänder freiwillig zurückgibt, und zwar auch bei einem eventuellen Vorbehalte. Diese Rückgabe kann erfolgen durch Rückübertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes und Aufgabe des Mitbesitzes. Ist nun eine Ware mittels Lagerscheines verpfändet, so kann Schein und Ware in den Besitz des Verpfänders zurückkommen. Erhält er den Besitz des nicht indossierten Lagerscheines, so ist dies wirkungslos, selbst wenn es mit Willen des Lombardeurs geschieht. Enthält er aber den Blanko- oder auf ihn indossierten Lagerschein, so erlischt das Pfandrecht. Denn nach § 424 BGB. steht die Übergabe des legitimierten Scheines an den Legitimierten der Übergabe des Gutes gleich. Ja selbst, wenn wider Willen des Pfandgläubigers der Schein in den Besitz des gutgläubigen, legitimierten Eigentümers durch Übergabe kommt, so erlischt das Pfandrecht, denn

[1]) § 1221 BGB.
[2]) Fischer-Henle zu § 1295, Wenzel S. 51, Staub 1202 Anm. 68, Standinger S. 338, a. A. Düringer-Hachenburg S. 531.

wenn, wie oben gezeigt, mittels eines abhanden gekommenen indossierten Scheines der aus ihm Legitimierte dingliche Rechte erwerben kann, so müssen solche auch zu Gunsten des Legitimierten erlöschen können. Ebenso erlischt das Pfandrecht in gleicher Weise wie beim gewöhnlichen Lombard, wenn der Lagerhalter im Einverständnis mit dem Pfandgläubiger das Lagergut dem Verpfänder ausliefert, selbst wenn er, was er verlangen kann, sich den Lagerschein nicht aushändigen lässt. Denn durch bestimmungsmässige Aushändigung des Gutes endigt die dingliche Wirkung des Scheins und das in ihm verbriefte Recht. Mithin liegt hier die Besonderheit gegenüber dem gewöhnlichen Lombard darin, dass bei diesem das Pfandrecht nur durch freiwillige Rückgabe des Gutes an den Verpfänder endigt, während bei der Verpfändung mittels Lagerscheines eine Endigung des Pfandrechtes auch dann eintritt, wenn der Verpfänder den ihn legitimierenden Schein im guten Glauben mit oder ohne Willen des Pfandgläubigers durch Übergabe in seinen Besitz bekommt.

V. Kapitel.

Aus der vorangehenden Untersuchung ergeben sich also, obwohl die Verpfändung mittels Lagerscheines nur eine Abart des gewöhnlichen Lombards ist, doch eine Anzahl recht bedeutsamer Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheines gegenüber dem gewöhnlichen Lombard. Während bei diesem der Erwerb des Pfandrechts sich auf die Übertragung des Besitzes an der Pfandsache stützt, so erfolgt er bei der Verpfändung mittels Lagerscheines ganz unabhängig von jedem Besitzwechsel durch Scheinübergabe, sodass hier, was beim gewöhnlichen Warenlombard unmöglich, auch an Sachen, die der Verpfänder nicht einmal in seinem mittelbaren Besitze hat, und an solchen, welche er nach wie vor in seinem unmittelbaren Besitze behält, ein Pfandrecht bestellt werden kann. Da ferner beim Rechtserwerbe vom Nichtberechtigten die Grundsätze der Verpfändung eines Orderpapieres auch auf die Verpfändung der Ware zur Anwendung kommen, so heilt hier der gute Glaube nicht nur wie beim Lombard Mängel im Eigentum oder der Verfügungsfähigkeit des Verpfänders, sondern auch Mängel in der Rechtsbegebung vor allem in der Geschäftsfähigkeit des Ver-

pfänders und ermöglicht auch den Pfandrechtserwerb an abhandengekommenem Gute jeder Art. Auch bei der mehrfachen Verpfändung ergibt sich insofern eine Besonderheit, als sie einmal nicht so unbeschränkt möglich ist wie beim gewöhnlichen Lombard und dann darin, dass der für den Lombard geltende Grundsatz in pari causa melior est condicio possidentis hier nicht dem Besitzer des Gutes sondern dem des Scheines zu Gute kommt, also der Lagerhalter sein früher bestelltes Konventionalpfand an der Sache niemals dem Scheininhaber gegenüber geltend machen kann. Die Betrachtung des Pfandverkaufes und der Endigung des Pfandrechts ergaben nur geringfügige Abweichungen. Beim Pfandverkauf kann sich, wenn das Pfandrecht mittels Lagerscheines bestellt ist, der Pfandgläubiger schon vor Fälligkeit der Forderung den unmittelbaren Besitz der Sache verschaffen, während er beim Lombard immer erst die Fälligkeit abwarten muss. Endigen endlich kann das Pfandrecht hier nicht nur durch freiwillige Rückgewährung des Gutes durch den Pfandgläubiger, sondern auch dadurch, dass der ihn legitimierende Lagerschein in die Hand des Verpfänders zurückkommt.

Nun kann aber der Orderlagerschein bald Sonder- bald Sammellagerschein, je nach der Lagerung des Gutes sein. Während nämlich im Sonderlagerschein der Lagerhalter sich zur Rückgabe der vom Gute anderer Einlagerer getrennt zu lagernden Ware verpflichtet, so verspricht er im Sammellagerschein nur Rücklieferung des abgelieferten Quantums der mit der gleichartigen Ware anderer vermischt gelagerten Ware, die also in das Miteigentum aller Einlagerer gekommen ist. Auch dieser Sammellagerschein hat dingliche Wirkung[1]), ist doch aus dem Gesetze das Gegenteil nicht zu entnehmen. Hat er aber dingliche Wirkung, so ist auch eine Verpfändung der Miteigentumsquote des Sammellagergutes mittels seiner möglich, bei der sich sodann dieselben Besonderheiten ergeben. In den Gebieten[2]) endlich, wo das auch für ein zu erlassendes Warrantgesetz befürwortete Zweischeinsystem gilt, also neben dem Lagerschein, der lediglich der Übereignung dient, noch ein zur Verpfändung dienender Lagerpfandschein (warrant) ausgestellt wird, gelten für die Verpfändung mittels dieses dieselben Besonderheiten wie sie oben für den Lagerschein des Einscheinsystem entwickelt wurden.

[1]) Adler S. 201, Alexander S. 108, a. A. Ruprecht S. 60.
[2]) Bremen und Elsass-Lothringen.

Lebenslauf.

Als Sohn des verstorbenen Grossherzoglich-Badischen Professors und damaligen Vorstandes der höheren Bürgerschule Karl August Mayer und seiner Ehefrau Anna Franziska geb. Bauer wurde ich, Karl Anton Robert Mayer am 7. September 1885 zu Buchen im Grossherzogtum Baden geboren. Ich bin Katholik und von Geburt Badischer Staatsangehöriger. Durch Aufnahme erwarb ich im Jahre 1907 auch die Preussische Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1896 bis Ostern 1905 besuchte ich das königlich katholische Gymnasium in Sagan und studierte dann die Rechts- und Staatswissenschaften in Freiburg im Breisgau, Genf, Berlin und Breslau. Hier bestand ich am 9. November 1908 die erste juristische Staatsprüfung und am 9. Dezember 1908 das Rigorosum. Mit meiner Vereidigung am 30. November 1908 trat ich als Referendar in den juristischen Vorbereitungsdienst und bin zur Zeit bei der Staatsanwaltschaft in Görlitz beschäftigt. Von Oktober 1909 bis Oktober 1910 habe ich meiner Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger im Infanterie-Regiment von Lützow (1. Rhein.) Nr. 25 erst in Rastatt dann in Aachen genügt.